



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 1988 Vol. 2

1^{er} cahier, 1988 Vol. 2

Cited as [1988] 2 S.C.R. 3-136

Renvoi [1988] 2 R.C.S. 3-136

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

Chief Law Editor
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretary
CAROLE LOISELLE

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, 1988.

CONTENTS

Canada (Canada Employment and Immigration Commission) v. Gagnon 29

Unemployment insurance — Extension of benefit period — Payment to injured claimant of temporary total workmen's compensation payments for work-related injury during extended benefit period — Suspension of unemployment insurance benefits — Having recovered and being available for work, whether claimant entitled to an extension of his benefit period under s. 20(7)(b) notwithstanding s. 36 of the Unemployment Insurance Act, 1971.

Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General) . 122

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of the press — Mandatory ban on publication of identity of a complainant in sexual case when request made by complainant — Whether s. 442(3) of the Criminal Code violates s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether such violation justifiable under s. 1 of the Charter.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to a public hearing — Mandatory ban on publication of identity of a complainant in sexual case when request made by complainant — Whether s. 442(3) of the Criminal Code violates s. 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether such violation justifiable under s. 1 of the Charter.

Forget v. Quebec (Attorney General) 90

Appeal — Moot issue — Respondent unable to obtain remedy sought whatever outcome of appeal — Whether issue moot —

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
GUY Y. GOULARD, C.R.
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

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secrétaire
CAROLE LOISELLE

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, 1988.

SOMMAIRE

Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada) c. Gagnon 29

Assurance-chômage — Prolongation de la période de prestations — Paiement à un prestataire accidenté d'une indemnité temporaire maximale prévue pour un accident du travail pendant la période de prestations complémentaires — Interruption des prestations d'assurance-chômage — Malgré l'article 36 de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, le prestataire a-t-il droit, une fois rétabli et disponible au travail, à la prolongation de sa période de prestations en vertu de l'art. 20(7)b)?

Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général) 122

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de la presse — Interdiction impérative de publier l'identité du plaignant dans une affaire sexuelle lorsque le plaignant en fait la demande — L'article 442(3) du Code criminel viole-t-il l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à une audience publique — Interdiction impérative de publier l'identité du plaignant dans une affaire sexuelle lorsque le plaignant en fait la demande — L'article 442(3) du Code criminel viole-t-il l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Whether issue raised sufficiently important for Court to rule on its merits.

Administrative law — Regulations — Discrimination — Sub-delegation — Knowledge of French necessary to obtain a permit from a professional corporation — Regulations creating presumption of appropriate knowledge of French for candidates who have taken three years of instruction in French at secondary level or later — Persons unable to benefit from the presumption must pass a French test prepared by a committee — Whether Regulations discriminatory and contrary to s. 10 of the Charter of human rights and freedoms — Whether Regulations discriminatory from an administrative standpoint — Whether Regulations contain unauthorized subdelegation of powers — Charter of the French language, R.S.Q. 1977, c. C-11, ss. 35, 114(d) — Regulation respecting the knowledge of the official language necessary to obtain a permit from a professional corporation, (1977) 109 G.O. II 4627, ss. 2(a), 3.

Jove v. Canada (Umpire, Unemployment Insurance) 53

Unemployment insurance — Extension of benefit period — Total temporary workmen's compensation received by claimant — Suspension of unemployment insurance benefits — Request for an extension of benefit period made during extended benefit period — Whether claimant entitled to an extension of the benefit period pursuant to s. 20(7)(b) notwithstanding s. 36 of the Unemployment Insurance Act, 1971.

R. v. Kowlyk 59

Criminal law — Break, enter and theft — Recently stolen goods — Conviction based solely on doctrine of recent possession — Legal significance to be attributed to possession of recently stolen property — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 306(1)(b).

R. v. Whyte 3

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Care or control of a motor vehicle while impaired — Whether presumption of care or control based upon occupancy of the driver's seat in s. 237(1)(a) of the Criminal Code violates s. 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether such violation justifiable under s. 1 of the Charter.

Criminal law — Care or control of a motor vehicle while impaired — Presumption of innocence — Whether s. 237(1)(a) of the Criminal Code contravenes the presumption of innocence in s. 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

SOMMAIRE (Fin)

Forget c. Québec (Procureur général) 90

Appel — Question théorique — Impossibilité pour l'intimé d'obtenir la réparation demandée peu importe l'issue du pourvoi — La question est-elle théorique? — La question soulevée est-elle suffisamment importante pour que la Cour se prononce sur le fond du litige?

Droit administratif — Règlement — Discrimination — Sous-délégation — Connaissance du français nécessaire pour obtenir permis d'un ordre professionnel — Règlement établissant une présomption de connaissance appropriée de la langue française pour les personnes ayant suivi trois années d'enseignement en français à compter du niveau secondaire — Obligation pour les personnes ne pouvant se prévaloir de la présomption de réussir un examen de français préparé par un comité — Le règlement est-il discriminatoire et incompatible avec l'art. 10 de la Charte des droits et libertés de la personne? — Le règlement est-il discriminatoire au sens du droit administratif? — Le règlement comporte-t-il une sous-délégation illégale de pouvoirs — Charte de la langue française, L.R.Q. 1977, chap. C-11, art. 35, 114d) — Règlement relatif à la connaissance de la langue officielle nécessaire pour l'obtention d'un permis d'un ordre professionnel, (1977) 109 G.O. II 4627, art. 2a), 3.

Jove c. Canada (Juge-arbitre, assurance-chômage) 53

Assurance-chômage — Prolongation de la période de prestations — Indemnité pour incapacité totale temporaire pour un accident du travail reçue par le prestataire — Interruption de la période de prestations d'assurance-chômage — Demande de prolongation de la période de prestations faite au cours de la période de prestations complémentaires — Malgré l'art. 36 de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, le prestataire a-t-il droit à une prolongation de sa période de prestations en vertu de l'art. 20(7)b)?

R. c. Kowlyk 59

Droit criminel — Vol par effraction — Biens récemment volés — Déclaration de culpabilité fondée seulement sur la théorie de la possession de biens récemment volés — Portée à accorder en droit à la possession de biens récemment volés — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 306(1)b).

R. c. Whyte 3

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Garde ou contrôle d'un véhicule à moteur avec facultés affaiblies — La présomption de garde ou de contrôle fondée sur l'occupation de la place du conducteur prévue à l'art. 237(1)a) du Code criminel viole-t-elle l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

Droit criminel — Garde ou contrôle d'un véhicule à moteur avec facultés affaiblies — Présomption d'innocence — L'article 237(1)a) du Code criminel porte-t-il atteinte à la présomption d'innocence garantie par l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés?

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 2, 1988

2^e volume, 1988

Ronald James Whyte *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada *Intervener*

INDEXED AS: R. v. WHYTE

File No.: 18530.

1987: October 15; 1988: July 14.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Care or control of a motor vehicle while impaired — Whether presumption of care or control based upon occupancy of the driver's seat in s. 237(1)(a) of the Criminal Code violates s. 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether such violation justifiable under s. 1 of the Charter.

Criminal law — Care or control of a motor vehicle while impaired — Presumption of innocence — Whether s. 237(1)(a) of the Criminal Code contravenes the presumption of innocence in s. 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

The accused was charged with having the care or control of a motor vehicle while impaired contrary to s. 234 of the *Criminal Code*. He was found in the driver's seat of his car with his body slumped over the steering wheel. The car was parked along the roadside, the dashboard ignition light was on, the key was in the ignition, but the engine was not running. The defence conceded that the accused's ability to operate the vehicle was impaired by alcohol. At his trial, the accused argued that the statutory presumption contained in s. 237(1)(a) of the *Code* was inconsistent with s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which guarantees the right to be presumed innocent until proven guilty. Section 237(1)(a) provided that in any proceedings under s. 234 or 236, "where it is proved that the accused occupied the seat ordinarily occupied by the driver of a motor vehicle, he shall be deemed to have had the care or control of the vehicle unless he establishes that he did not enter or mount the vehicle for the

* Estey J. took no part in the judgment.

Ronald James Whyte *Appellant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

^a et

Le procureur général du Canada *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. C. WHYTE

^b N° du greffe: 18530.

1987: 15 octobre; 1988: 14 juillet.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

^d *Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Garde ou contrôle d'un véhicule à moteur avec facultés affaiblies — La présomption de garde ou de contrôle fondée sur l'occupation de la place du conducteur prévue à l'art. 237(1)(a) du Code criminel viole-t-elle l'art. 11(d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?*

^e *Droit criminel — Garde ou contrôle d'un véhicule à moteur avec facultés affaiblies — Présomption d'innocence — L'article 237(1)(a) du Code criminel porte-t-il atteinte à la présomption d'innocence garantie par l'art. 11(d) de la Charte canadienne des droits et libertés?*

^f L'accusé a été inculpé d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors que ses facultés étaient affaiblies en contravention de l'art. 234 du *Code criminel*. On l'a trouvé dans sa voiture alors qu'il occupait la place du conducteur, le corps affaissé sur le volant. La voiture était stationnée le long de la route, le voyant du contact allumé, la clé dans le contact, mais le moteur ne tournait pas. La défense a admis que la capacité de conduire le véhicule était affaiblie par l'alcool. À son procès, l'accusé a soutenu que la présomption légale prévue à l'al. 237(1)(a) du *Code* est incompatible avec l'al. 11(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui garantit le droit d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable. L'alinéa 237(1)(a) prévoit que dans toutes procédures en vertu de l'art. 234 ou 236, «lorsqu'il est prouvé que le prévenu occupait la place ordinairement occupée par le conducteur d'un véhicule à moteur, il est réputé avoir eu la garde ou le contrôle du véhicule, à moins qu'il n'éta-

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

purpose of setting it in motion". The trial judge rejected the argument. He held that since s. 11(d) of the *Charter* used the same language as s. 2(f) of the *Canadian Bill of Rights*, the right to be presumed innocent should be interpreted the same way. Applying the decision of this Court in *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303, the trial judge convicted the accused. In supplementary reasons issued seven months after conviction, he added that in the absence of the presumption in s. 237(1)(a), he would have acquitted the accused. The conviction was affirmed by the County Court and the majority of the Court of Appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

Despite the holding in *Appleby* that s. 237(1)(a) of the *Code* does not infringe the presumption of innocence found in s. 2(f) of the *Canadian Bill of Rights*, the question of the validity of s. 237(1)(a) in the face of s. 11(d) of the *Charter* is still an open one. Although the same important principle is involved, it is the nature of the two documents which gives the presumption of innocence different effects under the *Canadian Bill of Rights* and the *Charter*. Indeed, a constitutional document is fundamentally different from a statute. The purpose of the *Charter* is to entrench certain basic rights and freedoms and immunize them from legislative encroachments. Ordinary legislation must conform to the constitutional requirements. An interpretation of s. 11(d) that would make the presumption of innocence subject to legislative exceptions would run directly contrary to the overall purpose of an entrenched constitutional document.

The Court's characterization in *Appleby* of the legal effect of the presumption contained in s. 237(1)(a) continues to be relevant under the *Charter*. The presumption places an onus on the accused to prove on a balance of probabilities that he did not enter the vehicle with the intention of setting it in motion. The word "establishes" requires the accused to prove the necessary fact on the balance of probabilities, and cannot be read as equivalent to "raises a reasonable doubt".

The exact characterization of a factor as an essential element, a collateral factor, an excuse, or a defence should not affect the analysis of the presumption of innocence. It is the final effect of a provision on the verdict that is decisive. If an accused is required to prove some fact on the balance of probabilities to avoid conviction, the provision violates the presumption of innocence because it permits a conviction in spite of a reasonable

blisse qu'il n'avait pas pris place dans ou sur le véhicule afin de le mettre en marche». Le juge du procès a rejeté l'argument. Il a conclu que, puisque l'al. 11d) de la *Charte* utilisait les mêmes termes que l'al. 2f) de la *Déclaration canadienne des droits*, le droit d'être présumé innocent devait être interprété de la même manière. Appliquant l'arrêt de cette Cour *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303, le juge du procès a déclaré l'accusé coupable. Dans des motifs de jugement supplémentaires prononcés sept mois plus tard, il a ajouté que, n'eût été la présomption énoncée à l'al. 237(1)a), il aurait acquitté l'accusé. La déclaration de culpabilité a été confirmée par la Cour de comté et par la Cour d'appel à la majorité.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Malgré la conclusion de l'arrêt *Appleby* selon laquelle l'al. 237(1)a) du *Code* ne porte pas atteinte à la présomption d'innocence énoncée à l'al. 2f) de la *Déclaration canadienne des droits*, la question de la validité de l'al. 237(1)a) par rapport à l'al. 11d) de la *Charte* reste entière. Bien que le même principe important soit visé, c'est la nature des deux documents qui donne à la présomption d'innocence des effets différents aux termes de la *Déclaration canadienne des droits* et de la *Charte*. De fait, un document constitutionnel est fondamentalement différent d'une loi. La *Charte* a pour but d'enchâsser certains droits et libertés fondamentaux et de les protéger contre toute atteinte législative. Une loi ordinaire doit se conformer aux exigences constitutionnelles. Une interprétation de l'al. 11d) qui assujettirait la présomption d'innocence à des exceptions législatives irait directement à l'encontre du but général d'un document constitutionnel enchâssé.

La façon dont la Cour a qualifié l'effet juridique de la présomption prévue à l'al. 237(1)a) dans l'arrêt *Appleby* continue d'être pertinente aux fins de la *Charte*. La présomption impose à l'accusé le fardeau de démontrer selon la prépondérance des probabilités qu'il n'est pas monté dans le véhicule avec l'intention de le mettre en marche. Le verbe «établir» exige que l'accusé démontre le fait nécessaire selon la prépondérance des probabilités et il ne peut être interprété comme équivalant à l'expression «soulève un doute raisonnable».

La qualification exacte d'un facteur comme élément essentiel, facteur accessoire, excuse ou moyen de défense ne devrait pas avoir d'effet sur l'analyse de la présomption d'innocence. C'est l'effet final d'une disposition sur le verdict qui est décisif. Si une disposition oblige un accusé à démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d'être déclaré coupable, elle viole la présomption d'innocence parce qu'elle

doubt in the mind of the trier of fact as to the guilt of the accused.

A statutory presumption infringes the presumption of innocence if it requires the trier of fact to convict in spite of a reasonable doubt. Only if the existence of the substituted fact leads inexorably to the conclusion that the essential element exists, with no other reasonable possibilities, will the statutory presumption be constitutionally valid. In the present case, s. 237(1)(a) creates a presumption that a person in the driver's seat of a vehicle has the care or control of the vehicle, one of the elements of the offence under s. 234. It cannot be said that proof of occupancy of the driver's seat leads inexorably to the conclusion that the essential element of care or control exists. Other reasonable explanations for sitting in the driver's seat can readily be imagined. Since section 237(1)(a) requires the trier of fact to accept as proven that an accused had care or control of a vehicle, in spite of a reasonable doubt about the existence of that element, the section breaches the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*.

Section 237(1)(a) of the *Code* is justifiable under s. 1 of the *Charter*. The objective that s. 237(1)(a) is designed to serve—the protection of the public against drunk drivers—is sufficiently important to warrant overriding a constitutionally-protected right. Viewed in the context of its overall statutory setting, the provision has a rational connection to the objective and represents a restrained parliamentary response to a pressing social problem. In enacting s. 237(1)(a), Parliament struck a compromise: on the one hand, the Crown need only prove a minimal level of intent on account of the fact that consumption of alcohol is itself an ingredient of the offence of “care or control”; on the other hand, where an accused can show that he had some reason for entering the vehicle and occupying the driver's seat other than to drive the vehicle, the accused will escape conviction. It was an attempt to balance the dangers posed by a person whose abilities to reason are impaired by alcohol with the desire to avoid absolute liability offences. Finally, there is a proportionality between the effects of the impugned measures on the protected right and the attainment of the objective. The threat to public safety posed by drinking and driving has been established by evidence in this case and recognized by this Court in others. While section 237(1)(a) does infringe the right guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*, it does so in the context of a statutory setting which makes it impracticable to require the Crown to prove an intention to drive.

permet une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé.

Une présomption légale porte atteinte à la présomption d'innocence si elle oblige le juge des faits à prononcer une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable. La présomption légale ne sera constitutionnelle que si l'existence du fait substitué entraîne inexorablement la conclusion que l'élément essentiel existe sans aucune autre possibilité raisonnable. En l'espèce, l'al. 237(1)a crée une présomption qu'une personne qui occupe la place du conducteur dans un véhicule en a la garde ou le contrôle, un des éléments de l'infraction prévue à l'art. 234. Il est facile d'imaginer d'autres explications raisonnables au fait d'occuper la place du conducteur. Étant donné que l'al. 237(1)a exige que le juge des faits admette comme fait établi que l'accusé avait la garde ou le contrôle d'un véhicule, malgré un doute raisonnable au sujet de l'existence de cet élément, l'article porte atteinte à la présomption d'innocence garantie par l'al. 11d) de la *Charte*.

La justification de l'al. 237(1)a du *Code* peut être démontrée aux termes de l'article premier de la *Charte*. L'objectif que vise à servir l'al. 237(1)a—la protection du public contre les conducteurs en état d'ébriété—est suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti constitutionnellement. Considérée dans son contexte législatif global, la disposition a un lien rationnel avec l'objectif et constitue une réponse parlementaire mesurée à un problème social pressant. En adoptant l'al. 237(1)a, le Parlement a fait un compromis: d'une part, il suffit que le ministère public prouve un niveau minimal d'intention en raison du fait que la consommation d'alcool constitue en elle-même un élément de l'infraction de «garde ou contrôle»; d'autre part, lorsqu'un accusé peut démontrer qu'il avait un motif pour monter dans le véhicule et pour occuper la place du conducteur autre que celui de le conduire, il ne sera pas déclaré coupable. Il s'agit d'une tentative pour arriver à équilibrer les dangers posés par une personne dont la capacité de raisonner est affaiblie par l'alcool et le désir d'éviter les infractions de responsabilité absolue. Enfin, il y a proportionnalité entre les effets de la mesure contestée sur le droit garanti et la réalisation de l'objectif. La preuve en l'espèce a démontré la menace à la sécurité publique que constitue l'alcool au volant, situation que cette Cour a reconnue dans d'autres arrêts. Bien que l'al. 237(1)a porte atteinte au droit que garantit l'al. 11d) de la *Charte*, il le fait dans un contexte législatif où il est irréaliste d'exiger que le ministère public démontre une intention de conduire.

Cases Cited

Distinguished: *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303; **applied:** *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, aff'g (1983), 145 D.L.R. (3d) 123; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; **considered:** *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914; **referred to:** *R. v. Shelley*, [1981] 2 S.C.R. 196; *Re Boyle and The Queen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 193; *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19; *Tupper v. The Queen*, [1967] S.C.R. 589; *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525; *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, [1963] S.C.R. 651; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Chromiak v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 471; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Duke v. The Queen*, [1972] 2 S.C.R. 917; *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *Miller and Cockriell v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680; *Ford v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 231; *R. v. Toews*, [1985] 2 S.C.R. 119; *Saunders v. The Queen*, [1967] S.C.R. 284; *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889; *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Higgins*, [1929] 1 D.L.R. 269; *R. v. Butler*, [1939] 4 D.L.R. 592; *R. v. Crowe* (1941), 16 M.P.R. 101; *R. v. Thomson*, [1941] 1 D.L.R. 516; *R. v. Forbes*, [1943] O.W.N. 96; *R. v. Armstrong*, [1944] 1 D.L.R. 233; *R. v. Hyatt*, [1945] O.R. 629.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code, S.C. 1921, c. 25, s. 3.
Act to amend the Criminal Code, S.C. 1925, c. 38, s. 5.
Act to amend the Criminal Code, S.C. 1930, c. 11, s. 6.
Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44 [reprinted in R.S.C. 1970, App. III], s. 2(f).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(c), (d).
Criminal Code, R.S.C. 1906, c. 146, s. 285c [ad. 1921, c. 25, s. 3; rep. & subs. 1925, c. 38, s. 5].
Criminal Code, R.S.C. 1927, c. 36, s. 285(4) [rep. & subs. 1930, c. 11, s. 6].
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 234(1) [am. 1974-75-76, c. 93, s. 14], 236(1) [rep. & subs. 1974-75-76, c. 93, s. 17], 237(1)(a).
Criminal Law Amendment Act, 1985, S.C. 1985, c. 19, s. 36.

Authors Cited

Debates of the House of Commons, 3rd Sess., 20th Parl., 11 Geo. VI, 1947, vol. VI, p. 5048.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt: *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303; **arrêts appliqués:** *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, conf. (1983), 145 D.L.R. (3d) 123; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; **arrêts examinés:** *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914; **arrêts mentionnés:** *R. c. Shelley*, [1981] 2 R.C.S. 196; *Re Boyle and The Queen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 193; *Latour v. The King*, [1951] R.C.S. 19; *Tupper v. The Queen*, [1967] R.C.S. 589; *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525; *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, [1963] R.C.S. 651; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Chromiak c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 471; **Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.**, [1985] 2 R.C.S. 486; *Duke c. La Reine*, [1972] 2 R.C.S. 917; *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *Miller et Cockriell c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; *Ford c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 231; *R. c. Toews*, [1985] 2 R.C.S. 119; *Saunders v. The Queen*, [1967] R.C.S. 284; *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. v. Higgins*, [1929] 1 D.L.R. 269; *R. v. Butler*, [1939] 4 D.L.R. 592; *R. v. Crowe* (1941), 16 M.P.R. 101; *R. v. Thomson*, [1941] 1 D.L.R. 516; *R. v. Forbes*, [1943] O.W.N. 96; *R. v. Armstrong*, [1944] 1 D.L.R. 233; *R. v. Hyatt*, [1945] O.R. 629.

Lois et règlements cités

f *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 11(c), (d).
Code criminel, S.R.C. 1906, chap. 146, art. 285c [aj. 1921, chap. 25, art. 3; abr. & rempl. 1925, chap. 38, art. 5].
g *Code criminel*, S.R.C. 1927, chap. 36, art. 285(4) [abr. & rempl. 1930, chap. 11, art. 6].
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 234(1) [mod. 1974-75-76, chap. 93, art. 14], 236(1) [abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 93, art. 17], 237(1)a [abr. & rempl. 1972, chap. 13, art. 17].
h *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, chap. 44 [reproduite dans S.R.C. 1970, app. III], art. 2f).
Loi de 1985 modifiant le droit pénal, S.C. 1985, chap. 19, art. 36.
Loi modifiant le Code criminel, S.C. 1921, chap. 25, art. 3.
i *Loi modifiant le Code criminel*, S.C. 1925, chap. 38, art. 5.
Loi modifiant le Code criminel, S.C. 1930, chap. 11, art. 6.

j Doctrine citée

Débats de la Chambre des communes, 3^e Sess., 20^e Parl., 11 Geo. VI, 1947, vol. VI, p. 5048.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1983), 6 D.L.R. (4th) 263, 10 C.C.C. (3d) 277, 10 C.R.R. 344, 38 C.R. (3d) 24, 25 M.V.R. 22, dismissing the accused's appeal from a judgment of Cowan Co. Ct. J. (1983), 21 M.V.R. 69, which affirmed the accused's conviction of having care or control of a motor vehicle while impaired. Appeal dismissed.

T. L. Robertson, Q.C., and *Brian Shaw*, for the appellant.

Dennis Murray, Q.C., and *Richard Isaac*, for the respondent.

Julius A. Isaac, Q.C., and *D. J. Avison*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—Section 234(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, provides that every one who drives a motor vehicle or has the care or control of a motor vehicle, whether it is in motion or not, while his ability to drive a motor vehicle is impaired by alcohol or a drug, is guilty of an indictable offence or an offence punishable on summary conviction. Section 237(1)(a) then legislates a presumption against an accused to the following effect:

237. (1) In any proceedings under section 234 or 236,

(a) where it is proved that the accused occupied the seat ordinarily occupied by the driver of a motor vehicle, he shall be deemed to have had the care or control of the vehicle unless he establishes that he did not enter or mount the vehicle for the purpose of setting it in motion;

The issue in this appeal is whether this provision infringes the rights of the accused under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Section 11(d) of the *Charter* reads:

11. Any person charged with an offence has the right

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1983), 6 D.L.R. (4th) 263, 10 C.C.C. (3d) 277, 10 C.R.R. 344, 38 C.R. (3d) 24, 25 M.V.R. 22, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre le jugement du juge Cowan de la Cour de comté (1983), 21 M.V.R. 69, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors que ses facultés étaient affaiblies. Pourvoi rejeté.

T. L. Robertson, c.r., et *Brian Shaw*, pour l'appelant.

Dennis Murray, c.r., et *Richard Isaac*, pour l'intimée.

Julius A. Isaac, c.r., et *D. J. Avison*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Le paragraphe 234(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, prévoit qu'est coupable d'un acte criminel ou d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité quiconque, à un moment où sa capacité de conduire un véhicule à moteur est affaiblie par l'effet de l'alcool ou d'une drogue, conduit un véhicule à moteur, en a la garde ou le contrôle, que ce véhicule soit en mouvement ou non. L'alinéa 237(1)a énonce ensuite la présomption suivante contre l'accusé:

237. (1) Dans toutes procédures en vertu de l'article 234 ou 236,

a) lorsqu'il est prouvé que le prévenu occupait la place ordinairement occupée par le conducteur d'un véhicule à moteur, il est réputé avoir eu la garde ou le contrôle du véhicule, à moins qu'il n'établisse qu'il n'avait pas pris place dans ou sur le véhicule afin de le mettre en marche;

La question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si cette disposition porte atteinte aux droits de l'accusé garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Voici le texte de l'al. 11d) de la *Charte*:

11. Tout inculpé a le droit:

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

Section 2 of the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44, reads:

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, or of the right to reasonable bail without just cause;

Leave to appeal to this Court was sought on a number of points, but denied except with respect to the following ground which formed the basis for Hutcheon J.A.'s dissent in the British Columbia Court of Appeal:

Did the Court of Appeal for British Columbia err in law in holding that the reverse onus provision in Section 237(1)(a) of the Criminal Code of Canada is not inconsistent with Section 11(d) of the Charter of Rights and Freedoms and of no force and effect.

Later, pursuant to Rule 32 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, the following constitutional questions were stated for consideration by this Court:

1. Does section 237(1)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34, infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If section 237(1)(a) of the *Criminal Code* infringes or denies the rights and freedoms guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*, is this section justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

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;

Voici le texte de l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, chap. 44:

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, ou la privant sans juste cause du droit à un cautionnement raisonnable;

L'autorisation de pourvoi demandée à cette Cour a été refusée sur un certain nombre de points sauf en ce qui a trait au moyen suivant sur lequel est fondée la dissidence du juge Hutcheon de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique:

[TRADUCTION] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que la disposition contenue dans l'al. 237(1)a) du Code criminel du Canada portant inversion du fardeau de la preuve n'est pas incompatible avec l'al. 11d) de la Charte des droits et libertés est inopérante?

Par la suite, aux termes de l'art. 32 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, les questions constitutionnelles suivantes ont été posées à cette Cour:

1. L'alinéa 237(1)a) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, chap. C-34, viole-t-il ou nie-t-il les droits et libertés garantis par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si l'alinéa 237(1)a) du *Code criminel* viole ou nie les droits et libertés garantis par l'al. 11d) de la *Charte*, cet alinéa est-il justifié par l'article premier de la *Charte* et n'est-il donc pas incompatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

The Attorney General of Canada intervened to support the constitutionality of the legislation.

It should be noted that this case has been argued throughout on the law as it stood prior to the amendments made by the *Criminal Law Amendment Act, 1985*, S.C. 1985, c. 19, s. 36.

I

The Facts

The evidence disclosed that when the investigating constables came upon the appellant's vehicle, it was in a parked position along the roadside, its hood was warm, the dashboard ignition light was on, keys were in the ignition, but the engine was not running. The appellant was seated in the driver's seat with his body slumped over the steering wheel. Counsel for the defence concedes that the appellant's ability to operate a motor vehicle was impaired by alcohol when he was found by the police.

II

Decisions of the British Columbia Courts1. *Provincial Court*

The accused was tried by Coultas Prov. Ct. J. on September 10, 1982: [1983] B.C.D. Crim. Conv. 5600-01. He argued that the presumption contained in s. 237(1)(a) violated paras. (c) and (d) of s. 11 of the *Charter*, which guarantee the right not to be forced to testify against oneself and the right to be presumed innocent until proven guilty.

Coultas Prov. Ct. J. rejected these arguments. He held that since s. 11(d) of the *Charter* used the same language as s. 2(f) of the *Canadian Bill of Rights*, the right to be presumed innocent guaranteed by the two documents should be interpreted in the same way. The trial judge considered himself bound by the decision of this Court in *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303. In that case, Ritchie J. for the majority held that the right to be presumed innocent was subject to statutory exceptions, and that the presumption of care or control

Le procureur général du Canada est intervenu pour appuyer la constitutionnalité de la disposition législative.

Il convient de souligner que l'espèce a été débattue dans toutes les cours en fonction du droit en vigueur avant les modifications apportées par la *Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, S.C. 1985, chap. 19, art. 36.

I

Les faits

Selon la preuve, les agents enquêteurs ont trouvé le véhicule de l'appelant stationné au bord de la route, le capot encore chaud, le voyant du contact allumé, les clés dans le contact, mais le moteur ne tournait pas. L'appelant occupait la place du conducteur et son corps était affaissé sur le volant. L'avocat de la défense admet que la capacité de l'appelant de conduire un véhicule à moteur était affaiblie par l'alcool lorsque la police l'a trouvé.

II

Décisions des tribunaux de la Colombie-Britannique1. *Cour provinciale*

L'accusé a subi son procès devant le juge Coultas de la Cour provinciale le 10 septembre 1982: [1983] B.C.D. Crim. Conv. 5600-01. Il a soutenu que la présomption énoncée à l'al. 237(1)a) violait les al. 11c) et d) de la *Charte* qui garantissent le droit de ne pas être contraint de témoigner contre soi-même et le droit d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable.

Le juge Coultas a rejeté ces arguments. Il a conclu que, puisque l'al. 11d) de la *Charte* utilisait les mêmes termes que l'al. 2f) de la *Déclaration canadienne des droits*, le droit d'être présumé innocent garanti par les deux textes devait être interprété de la même manière. Le juge du procès a considéré qu'il était lié par l'arrêt de cette Cour *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303. Le juge Ritchie y conclut au nom de la majorité que le droit d'être présumé innocent est assujéti à des exceptions légales et que la présomption de garde ou de

based upon occupancy of the driver's seat did not violate s. 2(f) of the *Canadian Bill of Rights*. The trial judge also relied on the concurring reasons of Laskin J. who held that an accused can lose the initial benefit of silence once the Crown leads evidence of certain facts. He concluded that s. 237(1)(a) did not violate the presumption of innocence. The trial judge also rejected the argument that the section violated the accused's right not to testify. He then convicted the accused. In supplementary reasons for judgment delivered seven months after conviction and shortly before the hearing in the County Court, Coultas Prov. Ct. J. stated that but for the presumption in s. 237(1)(a), which was not rebutted, he would have acquitted the accused.

2. County Court

The accused appealed his conviction: (1983), 21 M.V.R. 69. The sole issue considered by Cowan Co. Ct. J. was whether s. 237(1)(a) contravened the presumption of innocence. Cowan Co. Ct. J. in dismissing the appeal said (at p. 73):

Section 2(f) of the Canadian Bill of Rights is in almost identical language to that in s. 11(d) of the Charter except for the substitution of "an offence" in the Charter for the words "a criminal offence" in s. 2(f).

That being so, I consider that the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Appleby* applies with equal force to the Charter and is decisive of the issue before me.

3. British Columbia Court of Appeal

The accused appealed the decision of the County Court to the Court of Appeal: (1983), 6 D.L.R. (4th) 263, 10 C.C.C. (3d) 277, 10 C.R.R. 344, 38 C.R. (3d) 24, 25 M.V.R. 22. In separate reasons, Taggart and Esson J.J.A. held that there was no violation of s. 11(d) and dismissed the appeal, while Hutcheon J.A. reached the opposite conclusion. It should be pointed out that the decision of this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, had not been rendered prior to the disposition of the present case by the British Columbia Court of Appeal.

contrôle fondée sur l'occupation de la place du conducteur ne viole pas l'al. 2f) de la *Déclaration canadienne des droits*. Le juge du procès s'est également fondé sur les motifs concordants du juge Laskin qui conclut qu'un accusé peut perdre l'avantage initial du droit au silence après que le ministère public a présenté des éléments de preuve relativement à certains faits. Il conclut que l'al. 237(1)a) ne viole pas la présomption d'innocence. Le juge du procès a également rejeté l'argument que l'article viole le droit de l'accusé de ne pas témoigner. Il a ensuite déclaré l'accusé coupable. Dans des motifs de jugement supplémentaires prononcés sept mois après la déclaration de culpabilité et peu avant l'audition de la Cour de comté, le juge Coultas a déclaré que, n'eût été la présomption énoncée à l'al. 237(1)a), qui n'a pas été réfutée, il aurait acquitté l'accusé.

2. Cour de comté

L'accusé a interjeté appel contre sa déclaration de culpabilité: (1983), 21 M.V.R. 69. L'unique question examinée par le juge Cowan de la Cour de comté était de savoir si l'al. 237(1)a) porte atteinte à la présomption d'innocence. Le juge Cowan a dit en rejetant l'appel (à la p. 73):

[TRADUCTION] Le texte de l'al. 2f) de la *Déclaration canadienne des droits* est essentiellement identique à celui de l'al. 11d) de la Charte à l'exception du remplacement des termes «un acte criminel» à l'al. 2f) par le terme «inculpé» à l'al. 11d) de la Charte.

Ainsi, je suis d'avis que l'arrêt de la Cour suprême du Canada *R. c. Appleby* s'applique de la même manière à la Charte et règle la question qui m'a été posée.

3. Cour d'appel de la Colombie-Britannique

L'accusé a interjeté appel de la décision de la Cour de comté à la Cour d'appel: (1983), 6 D.L.R. (4th) 263, 10 C.C.C. (3d) 277, 10 C.R.R. 344, 38 C.R. (3d) 24, 25 M.V.R. 22. Dans des motifs distincts, les juges Taggart et Esson ont conclu qu'il n'y avait aucune violation de l'al. 11d) et ont rejeté l'appel, tandis que le juge Hutcheon est arrivé à la conclusion opposée. Il convient de souligner que l'arrêt de cette Cour *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, n'avait pas été rendu quand la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué en l'espèce.

Taggart J.A. reviewed the two leading cases on s. 2(f) of the *Canadian Bill of Rights*; *Appleby, supra*, and *R. v. Shelley*, [1981] 2 S.C.R. 196, as well as *Re Boyle and The Queen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.), which considered s. 11(d). He concluded that the purpose of s. 2(f) and s. 11(d) is to protect an accused from statutory provisions which arbitrarily shift to the accused the ultimate burden of establishing innocence. Factors to consider in deciding if the ultimate burden has been placed on the accused included the "rational connection" test, the "impossibility of proof" test, the nature of the burden on the accused and the degree of proof required to discharge the burden. Turning to s. 237(1)(a), Taggart J.A. noted that in order to gain the benefit of the presumption created by s. 237(1)(a), the Crown must first prove that the accused occupied the driver's seat and that the accused was impaired. In Taggart J.A.'s view, the deemed fact of care or control flows rationally from the presumed fact, occupation of the driver's seat by the accused. He held that a requirement that the accused disprove the presumed fact on a balance of probabilities did not shift the ultimate burden of proof onto the accused.

Esson J.A. in a short concurring judgment emphasized that the wording of s. 11(d) of the *Charter* and s. 2(f) of the *Canadian Bill of Rights* was substantially the same. He held that the lower courts should give the same meaning to the *Charter* provision as was established for its counterpart in the *Canadian Bill of Rights*, unless the earlier decision was affected by the statutory nature of the *Canadian Bill of Rights*. That, in his view, was not the case in *Appleby* as this Court held that the phrase "according to law" in s. 2(f) permitted statutory exceptions.

In his dissenting reasons, Hutcheon J.A. argued that the presumption of innocence under the *Charter* is different from that of the *Canadian Bill of Rights*. He held that the phrase "according to law" in s. 11(d) of the *Charter* should not be read as permitting statutory exceptions, but that any such exceptions should have to be justified under

Le juge Taggart a examiné les deux arrêts de principe portant sur l'al. 2f) de la *Déclaration canadienne des droits*, *Appleby*, précité, et *R. c. Shelley*, [1981] 2 R.C.S. 196, ainsi que *Re Boyle and The Queen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.), qui portait sur l'al. 11d). Il a conclu que le but de l'al. 2f) et de l'al. 11d) est de protéger un accusé contre les dispositions législatives qui lui imposent de façon arbitraire le fardeau ultime d'établir son innocence. Les facteurs qui doivent être examinés pour décider si le fardeau ultime incombe à l'accusé comprennent le critère du «lien rationnel», le critère de l'«impossibilité de faire la preuve», la nature du fardeau qui incombe à l'accusé et le degré de preuve nécessaire pour s'en acquitter. En examinant l'al. 237(1)a), le juge Taggart a souligné que, pour bénéficier de la présomption que crée cet alinéa, le ministère public doit d'abord démontrer que l'accusé occupait la place du conducteur et que ses facultés étaient affaiblies. De l'avis du juge Taggart, la présomption de garde ou de contrôle découle d'une manière rationnelle du fait présumé, l'occupation de la place du conducteur par l'accusé. Il a conclu que l'exigence que l'accusé réfute le fait présumé selon la prépondérance des probabilités n'impose pas la charge ultime de la preuve à l'accusé.

Le juge Esson dans un court jugement concordant a souligné que les textes de l'al. 11d) de la *Charte* et de l'al. 2f) de la *Déclaration canadienne des droits* sont essentiellement les mêmes. Il a conclu que les tribunaux d'instance inférieure doivent donner à la disposition de la *Charte* le sens qui avait été établi pour sa contrepartie dans la *Déclaration canadienne des droits*, à moins que la nature législative de cette dernière n'ait un effet sur la décision antérieure. À son avis, ce n'était pas le cas dans l'arrêt *Appleby*, car cette Cour a statué que l'expression «en conformité de la loi» à l'al. 2f) permet des exceptions légales.

Dans ses motifs dissidents, le juge Hutcheon a soutenu que la présomption d'innocence que prévoit la *Charte* est différente de celle de la *Déclaration canadienne des droits*. Il a conclu que l'expression «conformément à la loi» à l'al. 11d) de la *Charte* ne devrait pas être interprétée de manière à permettre des exceptions légales, mais que ces

s. 1 of the *Charter*. Hutcheon J.A. agreed with the views expressed by Martin J.A. in the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Oakes* (1983), 145 D.L.R. (3d) 123, that the presumption of innocence requires that the Crown must prove the accused's guilt and must do so beyond a reasonable doubt. If there is a reasonable doubt yet the trial judge is required to convict, the presumption of innocence is violated. Hutcheon J.A. concluded that s. 237(1)(a) did infringe the presumption of innocence, but since s. 1 had not been argued, he would have called for submissions on that point.

III

Presumption of Innocence

A. *Canadian Bill of Rights*

As I have indicated, the British Columbia courts placed heavy reliance on the decision of this Court in *Appleby, supra*, which held that s. 237(1)(a) (then s. 224A(1)(a)) was not inconsistent with s. 2(f) of the *Canadian Bill of Rights*.

The first aspect of the *Appleby* decision continues to be relevant under the *Charter*, namely, the characterization of the legal effect of the presumption contained in s. 224A(1)(a), now s. 237(1)(a). Ritchie J. concluded that the presumption places an onus on the accused to prove on a balance of probabilities that he or she did not enter the vehicle with the intention of setting it in motion. Since Laskin J. agreed with Ritchie J. on this point, this Court was unanimous on the interpretation of the provision.

Ritchie J. reached this conclusion for two reasons. The first of these was based on the word "establishes" in the section. He held that as a matter of statutory interpretation, the word "establishes" requires the accused to prove the necessary fact on the balance of probabilities, and cannot be read as equivalent to "raises a reasonable doubt." The meaning of the words "esta-

exceptions devraient être justifiées aux termes de l'article premier de la *Charte*. Le juge Hutcheon a adopté l'opinion exprimée par le juge Martin dans l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Oakes* (1983), 145 D.L.R. (3d) 123, selon lequel la présomption d'innocence exige que le ministère public démontre la culpabilité de l'accusé et le fasse hors de tout doute raisonnable. S'il y a un doute raisonnable et que le juge du procès soit tenu de prononcer une déclaration de culpabilité, il y a violation de la présomption d'innocence. Le juge Hutcheon a conclu que l'al. 237(1)a) porte atteinte à la présomption d'innocence mais, comme l'application de l'article premier n'a pas été plaidée, il aurait demandé qu'on présente des arguments sur ce point.

III

Présomption d'innocence

A. *Déclaration canadienne des droits*

Comme je l'ai indiqué, les tribunaux de la Colombie-Britannique se sont essentiellement fondés sur l'arrêt *Appleby*, précité, selon lequel l'al. 237(1)a) (alors l'al. 224A(1)a)) n'était pas incompatible avec l'al. 2f) de la *Déclaration canadienne des droits*.

Le premier aspect de l'arrêt *Appleby* continue d'être pertinent en vertu de la *Charte*, savoir, la qualification de l'effet juridique de la présomption énoncée à l'al. 224A(1)a), maintenant l'al. 237(1)a). Le juge Ritchie a conclu que la présomption impose à l'accusé le fardeau de démontrer selon la prépondérance des probabilités qu'il n'est pas monté dans le véhicule avec l'intention de le mettre en marche. Étant donné que le juge Laskin a souscrit aux motifs du juge Ritchie sur ce point, cette Cour a adopté à l'unanimité cette interprétation de la disposition.

Le juge Ritchie est arrivé à cette conclusion pour deux motifs. D'abord, il s'est fondé sur le verbe «établir» employé dans l'article. Il a conclu que, en matière d'interprétation législative, le verbe «établir» exige que l'accusé démontre le fait nécessaire selon la prépondérance des probabilités et qu'il ne peut être interprété comme équivalant à l'expression «soulève un doute raisonnable». La

blishes” and “proves” are well-defined in the criminal law. They require convincing proof, at least on the balance of probabilities. This meaning of the words “establishes” and “proves” had been set out earlier in *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19, and *Tupper v. The Queen*, [1967] S.C.R. 589. Pigeon J. reaffirmed this meaning in the majority decision in *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525.

The second reason given by Ritchie J. for concluding that the provision places an onus of proof on the accused was that the section would otherwise be meaningless. The presumption was included to allow the Crown to prove care or control by proving beyond a reasonable doubt that the accused occupied the driver’s seat. If the accused could rebut the presumption simply by raising a reasonable doubt, then the Crown would be required to prove the fact of care or control beyond a reasonable doubt, even though the statute deems that care or control is shown upon proof beyond a reasonable doubt that the accused occupied the driver’s seat. This is exactly the same onus that the Crown would have to satisfy if the presumption were not included in the section. To interpret the section in this way would make the presumption ineffective and the section meaningless.

The second aspect of *Appleby* was the contention that even though s. 237(1)(a) created a reverse onus, it was not inconsistent with s. 2(f) of the *Canadian Bill of Rights*. Writing for the majority on this point, Ritchie J. observed that s. 2(f) gave statutory approval to the principle enunciated by Viscount Sankey L.C. in *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462, at p. 481:

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*. [Emphasis added by Ritchie J.]

Ritchie J. went on to hold as follows (at p. 316):

signification des verbes «établir» et «prouver» est bien définie en droit pénal. Ils exigent une preuve convaincante, du moins selon la prépondérance des probabilités. Cette définition des verbes «établir» et «prouver» avait été énoncée précédemment dans les arrêts *Latour v. The King*, [1951] R.C.S. 19, et *Tupper v. The Queen*, [1967] R.C.S. 589. Le juge Pigeon a confirmé cette définition dans l’arrêt majoritaire *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525.

Le second motif donné par le juge Ritchie pour conclure que les dispositions imposent un fardeau de la preuve à l’accusé est que, s’il n’en était pas ainsi, l’article serait dénué de sens. La présomption a été ajoutée pour permettre au ministère public de prouver la garde ou le contrôle en démontrant hors de tout doute raisonnable que l’accusé occupait la place du conducteur. Si l’accusé peut réfuter la présomption en soulevant simplement un doute raisonnable, alors le ministère public est tenu de démontrer le fait de la garde ou du contrôle hors de tout doute raisonnable, même si la loi présume que la garde ou le contrôle est démontré par la preuve hors de tout doute raisonnable que l’accusé occupait la place du conducteur. C’est exactement le même fardeau qui incomberait au ministère public si la présomption n’était pas inscrite dans l’article. Une telle interprétation de l’article rendrait la présomption inefficace et l’article dénué de sens.

Le second aspect de l’arrêt *Appleby* porte que, même si l’al. 237(1)a inverse le fardeau de la preuve, il n’est pas incompatible avec l’al. 2f) de la *Déclaration canadienne des droits*. Le juge Ritchie a fait remarquer, au nom de la majorité sur ce point, que l’al. 2f) constitue une approbation législative du principe énoncé par le vicomte Sankey, lord chancelier, dans l’arrêt *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462, à la p. 481:

[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*. [Mis en italique par le juge Ritchie.]

Le juge Ritchie conclut ensuite de la manière suivante (à la p. 316):

... the words "presumed innocent until proved guilty according to law ..." as they appear in 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 my view, the reasoning of the Court in *Appleby* was manifestly influenced by the limited extent to which the Court considered the *Canadian Bill of Rights* could override otherwise valid legislation which conflicted with its terms. The interpretation accorded to s. 2(f) effectively eliminated any need to assess the validity of legislative derogation from the guarantee of the presumption of innocence. It is clear from the case law that it is appropriate for this Court to reassess the meaning of words borrowed in the *Charter* from the *Canadian Bill of Rights*: see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at pp. 333-34, overruling *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, [1963] S.C.R. 651, on the meaning of "freedom of religion"; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at pp. 639-40, overruling *Chromiak v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 471, on the meaning of "detention"; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, departing from *Duke v. The Queen*, [1972] 2 S.C.R. 917, on the meaning of "fundamental justice"; *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045, adopting the minority opinion in *Miller and Cockriell v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, in preference to that of the majority.

Although the principles set out in the *Canadian Bill of Rights* are of great importance (many of them having been re-enacted in the *Charter*), a constitutional document is fundamentally different from a statute. The purpose of the *Charter* is to entrench certain basic rights and freedoms and immunize them from legislative encroachments. Ordinary legislation must conform to the constitutional requirements. An interpretation of s. 11(d) that would make the presumption of innocence subject to legislative exceptions would run directly contrary to the overall purpose of an entrenched

... les termes «du droit à la présomption d'innocence jusqu'à ce que la preuve de sa culpabilité ait été établie en conformité de la loi...» à l'art. 2f) 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.

À mon avis, le raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Appleby* a été manifestement influencé par la mesure limitée dans laquelle, la Cour a estimé que la *Déclaration canadienne des droits* pouvait prévaloir sur des mesures législatives par ailleurs valides qui entraient en conflit avec ses termes. L'interprétation accordée à l'al. 2f) élimine effectivement l'obligation d'évaluer la validité de la dérogation législative à la garantie de la présomption d'innocence. Il ressort clairement de la jurisprudence que cette Cour peut réévaluer la signification des termes que la *Charte* a empruntés à la *Déclaration canadienne des droits*: voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, aux pp. 333 et 334, renversant *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, [1963] R.C.S. 651, quant au sens de «liberté de religion»; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, aux pp. 639 et 640, renversant *Chromiak c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 471, quant au sens de «détention»; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, s'écartant de *Duke c. La Reine*, [1972] 2 R.C.S. 917, quant au sens de «justice fondamentale»; *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045, adoptant l'opinion de la minorité dans *Miller et Cockriell c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, plutôt que celle de la majorité.

Bien que les principes énoncés dans la *Déclaration canadienne des droits* soient très importants (un grand nombre d'entre eux sont repris dans la *Charte*), un document constitutionnel est fondamentalement différent d'une loi. La *Charte* a pour but d'enchâsser certains droits et libertés fondamentaux et de les protéger contre toute atteinte législative. Une loi ordinaire doit se conformer aux exigences constitutionnelles. Une interprétation de l'al. 11d) qui assujettirait la présomption d'innocence à des exceptions législatives irait directement à l'encontre du but général d'un document

constitutional document. Although the same important principle is involved, it is the nature of the two documents which gives the presumption of innocence different effects under the *Canadian Bill of Rights* and the *Charter*.

I conclude, therefore, that despite the holding in *Appleby* that s. 237(1)(a) does not infringe the presumption of innocence, the question of the validity of s. 237(1)(a) in the face of s. 11(d) of the *Charter* is still an open one.

B. General Charter Principles

The Supreme Court has considered the presumption of innocence guaranteed by the *Charter* in several recent cases: *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Oakes*, *supra*; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, and *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914. These cases set out the basic principles of the presumption of innocence and have started to explore its application to particular statutory provisions. It is not necessary to review these cases in depth; a brief summary will suffice.

In *Oakes*, the majority relied on the earlier decision in *Dubois* to conclude that the presumption of innocence has at least three components. First, an individual must be proven guilty beyond a reasonable doubt. Second, the Crown must bear the onus of proof. Third, criminal prosecutions must be carried out in accordance with lawful procedures and principles of fairness (*Oakes*, *supra*, at p. 121). As Lamer J. stated for the majority in *Dubois*, the Crown must make out the case against the accused before he or she need respond (*Dubois*, at p. 357). Applying these principles to a statutory provision that required the accused to disprove an essential element of the offence, the majority in *Oakes* held (at pp. 132-33) that:

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 probabili-

constitutionnel enclâssé. Bien que le même principe important soit visé, c'est la nature des deux documents qui donne à la présomption d'innocence des effets différents aux termes de la *Déclaration canadienne des droits* et de la *Charte*.

Par conséquent, je conclus que, bien que l'arrêt *Appleby* ait conclu que l'al. 237(1)a) ne porte pas atteinte à la présomption d'innocence, la question de la validité de l'al. 237(1)a) par rapport à l'al. 11d) de la *Charte* reste entière.

B. Principes généraux de la Charte

La Cour suprême a examiné la présomption d'innocence que garantit la *Charte* dans plusieurs arrêts récents: *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Oakes*, précité; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, et *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914. Ces arrêts énoncent les principes fondamentaux de la présomption d'innocence et ont commencé à étudier son application à des dispositions législatives particulières. Il n'est pas nécessaire d'examiner ces arrêts d'une manière approfondie; il suffira de les résumer.

Dans l'arrêt *Oakes*, les juges de la majorité se sont fondés sur l'arrêt antérieur dans l'affaire *Dubois* pour conclure que la présomption d'innocence comporte au moins trois éléments. Premièrement, la culpabilité d'une personne doit être établie hors de tout doute raisonnable. Deuxièmement, le fardeau de la preuve incombe au ministère public. Troisièmement, les poursuites criminelles doivent se dérouler d'une manière conforme aux procédures légales et à l'équité. (*Oakes*, précité, à la p. 121). Comme le juge Lamer l'a dit au nom de la majorité dans l'arrêt *Dubois*, le ministère public doit présenter sa preuve contre l'accusé avant que celui-ci n'ait besoin de répondre (*Dubois*, à la p. 357). Appliquant ces principes à une disposition législative qui exigeait que l'accusé réfute un élément essentiel de l'infraction, les juges de la majorité ont conclu dans l'arrêt *Oakes* (aux pp. 132 et 133):

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

ties 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 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. [Emphasis added.]

In *Vaillancourt* Lamer J., for the majority on that point, again considered s. 11(d). He confirmed that the presumption of innocence requires that the trier of fact be convinced beyond a reasonable doubt of the existence of all the essential elements of the offence. A provision that permits or requires a conviction in spite of a reasonable doubt as to the existence of one or more of the elements of the offence violates the presumption of innocence. Lamer J. recognized that Parliament can in some cases permit proof of a substituted fact to be taken as proof of an essential element of the offence, but that there are limitations on the scope of such substitutions (at p. 656):

Finally, the legislature, rather than simply eliminating any need to prove the essential element, may substitute proof of a different element. In my view, this will be constitutionally valid only if upon proof beyond reasonable doubt of the substituted element it would be unreasonable for the trier of fact not to be satisfied beyond reasonable doubt of the existence of the essential element. If the trier of fact may have a reasonable doubt as to the essential element notwithstanding proof beyond a reasonable doubt of the substituted element, the substitution infringes ss. 7 and 11(d).

The next stage in the development of these principles occurred in *Holmes*, which raised the question whether a requirement that the accused prove a lawful excuse, rather than disprove an essential element of the offence, violated the presumption of innocence. Two members of the Court held that a requirement of this sort would offend s. 11(d) (at p. 934):

Any burden on an accused which has the effect of dictating a conviction despite the presence of reasonable doubt, whether that burden relates to proof of an essential element of the offence or some element extraneous

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 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. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Vaillancourt*, le juge Lamer, au nom de la majorité sur ce point, a à nouveau examiné l'al. 11d). Il a confirmé que la présomption d'innocence exige que le juge des faits soit convaincu hors de tout doute raisonnable de l'existence de tous les éléments essentiels de l'infraction. Une disposition qui permet ou qui exige une déclaration de culpabilité malgré un doute raisonnable quant à l'existence d'au moins un des éléments de l'infraction porte atteinte à la présomption d'innocence. Le juge Lamer reconnaît que le législateur peut dans certains cas permettre que la preuve d'un fait substitué puisse servir de preuve d'un élément essentiel de l'infraction, mais il y a des restrictions à la portée de telles substitutions (à la p. 656):

Enfin, au lieu d'éliminer simplement la nécessité de faire la preuve d'un élément essentiel, le législateur peut remplacer cela par la preuve d'un élément différent. À mon sens, cela ne sera constitutionnel que si après que l'on a prouvé hors de tout doute raisonnable l'existence de l'élément ainsi substitué, il serait déraisonnable que le juge des faits ne soit pas convaincu hors de tout doute raisonnable de l'existence de l'élément essentiel. Si le juge des faits peut avoir un doute raisonnable quant à l'élément essentiel malgré la preuve hors de tout doute raisonnable qui a été faite de l'existence de l'élément substitué, alors la substitution contrevient à l'art. 7 et à l'al. 11d).

L'étape suivante de l'élaboration de ces principes se trouve dans l'arrêt *Holmes* où l'on cherchait à déterminer si imposer à l'accusé de démontrer l'existence d'une excuse légitime, plutôt que de réfuter un élément essentiel de l'infraction, viole la présomption d'innocence. Deux membres de la Cour ont conclu qu'une telle exigence serait contraire à l'al. 11d) (à la p. 934):

Tout fardeau incombant à un accusé dont l'effet est d'imposer une déclaration de culpabilité malgré la présence d'un doute raisonnable, que ce fardeau se rapporte à la preuve d'un élément essentiel de l'infraction ou à un

to the offence but nonetheless essential to verdict, contravenes s. 11(d) of the *Charter*. An accused must not be placed in the position of being required to do more than raise a reasonable doubt as to his or her guilt, regardless of whether that doubt arises from uncertainty as to the sufficiency of Crown evidence supporting the constituent elements of the offence or from uncertainty as to criminal culpability in general.

C. Section 237(1)(a) and the Charter

Is section 237(1)(a) consistent with these principles? The basic fact which the Crown must prove to invoke the section is that the accused occupied the seat normally occupied by the driver of the motor vehicle. The presumed fact is that the accused had the care or control of the vehicle. To rebut this presumption, the accused must "establish" the absence of intention to set the vehicle in motion. As I have already indicated, *Appleby*, *supra*, and other decisions of this Court make it clear that the word "establishes" requires the accused to prove lack of intention on a balance of probabilities.

The exact relationship between s. 237(1)(a) and the *mens rea* requirement of s. 234 was the subject of uncertainty for some time. Is the intention to set the vehicle in motion an ingredient of the offence of having care or control of a motor vehicle while impaired, or is the absence of such intention simply a way for an accused to rebut the presumption of care or control? This Court settled the question in *Ford v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 231, when Ritchie J. for the majority held that the intention to set the vehicle in motion is not an element of the offence. Proof of lack of intention is simply an evidentiary point that rebuts the presumption of care or control of the vehicle established by s. 237(1)(a). The Court recently reaffirmed *Ford* in *R. v. Toews*, [1985] 2 S.C.R. 119.

In the case at bar, the Attorney General of Canada argued that since the intention to set the vehicle in motion is not an element of the offence, s. 237(1)(a) does not infringe the presumption of innocence. Counsel relied on the passage from

élément extrinsèque à l'infraction mais néanmoins essentiel au verdict, enfreint l'al. 11d) de la *Charte*. L'accusé ne doit pas être placé dans une position où il est tenu de faire plus que soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité, peu importe que ce doute découle d'une incertitude relative à la suffisance de la preuve à charge à l'appui des éléments constitutifs de l'infraction ou d'une incertitude quant à la culpabilité criminelle en général.

b C. L'alinéa 237(1)a) et la Charte

L'alinéa 237(1)a) est-il conforme à ces principes? Fondamentalement, pour invoquer l'article, le ministère public doit démontrer que l'accusé occupait la place normalement occupée par le conducteur du véhicule à moteur. Le fait présumé est que l'accusé avait la garde ou le contrôle du véhicule. Pour réfuter cette présomption, l'accusé doit «établir» qu'il n'avait pas l'intention de mettre le véhicule en marche. Comme je l'ai déjà indiqué, il ressort clairement de l'arrêt *Appleby*, précité, et d'autres arrêts de cette Cour que le verbe «établir» exige que l'accusé démontre une absence d'intention suivant la prépondérance des probabilités.

Le rapport exact qui existe entre l'al. 237(1)a) et l'exigence de l'art. 234 quant à la *mens rea* suscite des incertitudes depuis longtemps. L'intention de mettre en marche le véhicule à moteur est-elle un élément de l'infraction de garde ou de contrôle avec facultés affaiblies ou l'absence d'une telle intention permet-elle simplement à l'accusé de réfuter la présomption de garde ou de contrôle? Cette Cour a réglé la question dans l'arrêt *Ford c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 231, lorsque le juge Ritchie a conclu au nom de la majorité que l'intention de mettre un véhicule en marche ne constitue pas un élément de l'infraction. La preuve de l'absence d'intention est simplement une question de présentation de preuve qui réfute la présomption de garde ou de contrôle du véhicule établie à l'al. 237(1)a). La Cour a récemment confirmé l'arrêt *Ford* dans l'arrêt *R. c. Toews*, [1985] 2 R.C.S. 119.

En l'espèce, le procureur général du Canada a soutenu que, comme l'intention de mettre le véhicule en marche ne constitue pas un élément de l'infraction, l'al. 237(1)a) ne porte pas atteinte à la présomption d'innocence. À l'appui de cet argu-

Oakes quoted above, with its reference to an "essential element", to support this argument. The accused here is required to disprove a fact collateral to the substantive offence, unlike *Oakes* where the accused was required to disprove an element of the offence.

The short answer to this argument is that the distinction between elements of the offence and other aspects of the charge is irrelevant to the s. 11(d) inquiry. The real concern is not whether the accused must disprove an element or prove an excuse, but that an accused may be convicted while a reasonable doubt exists. When that possibility exists, there is a breach of the presumption of innocence.

The exact characterization of a factor as an essential element, a collateral factor, an excuse, or a defence should not affect the analysis of the presumption of innocence. It is the final effect of a provision on the verdict that is decisive. If an accused is required to prove some fact on the balance of probabilities to avoid conviction, the provision violates the presumption of innocence because it permits a conviction in spite of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the guilt of the accused. The trial of an accused in a criminal matter cannot be divided neatly into stages, with the onus of proof on the accused at an intermediate stage and the ultimate onus on the Crown. Section 237(1)(a) requires the accused to prove lack of intent on a balance of probabilities. If an accused does not meet this requirement the trier of fact is required by law to accept that the accused had care or control and to convict. But of course it does not follow that the trier of fact is convinced beyond a reasonable doubt that the accused had care or control of the vehicle. Indeed, in this case, as in *Appleby*, the trier of fact stated that he convicted the accused despite the existence of a reasonable doubt as to care or control, an element of the offence.

In the passage from *Vaillancourt* quoted earlier, Lamer J. recognized that in some cases substitut-

ment, l'avocat invoque le passage de l'arrêt *Oakes* déjà cité qui fait mention d'un «élément essentiel». L'accusé en l'espèce est tenu de réfuter un fait accessoire à l'infraction principale, contrairement à l'affaire *Oakes* dans laquelle l'accusé était tenu de réfuter un élément de l'infraction.

La réponse simple à cet argument est que la distinction entre les éléments de l'infraction et d'autres aspects de l'accusation n'est pas pertinente quand l'examen se fonde sur l'al. 11d). La préoccupation véritable n'est pas de savoir si l'accusé doit réfuter un élément ou démontrer une excuse, mais qu'un accusé peut être déclaré coupable alors que subsiste un doute raisonnable. Lorsque cette possibilité existe, il y a violation de la présomption d'innocence.

La qualification exacte d'un facteur comme élément essentiel, facteur accessoire, excuse ou moyen de défense ne devrait pas avoir d'effet sur l'analyse de la présomption d'innocence. C'est l'effet final d'une disposition sur le verdict qui est décisif. Si une disposition oblige un accusé à démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d'être déclaré coupable, elle viole la présomption d'innocence parce qu'elle permet une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé. Un procès en matière criminelle ne peut être divisé en étapes bien définies de sorte que le fardeau de la preuve incombe à l'accusé à une étape intermédiaire et le fardeau ultime au ministère public. L'alinéa 237(1)a) exige que l'accusé démontre une absence d'intention suivant la prépondérance des probabilités. Si un accusé ne le fait pas, la loi oblige le juge des faits à reconnaître que l'accusé avait la garde ou le contrôle et à le déclarer coupable. Mais évidemment, il n'en découle pas que le juge des faits est convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait la garde ou le contrôle du véhicule. En fait, en l'espèce, comme dans l'arrêt *Appleby*, le juge des faits a dit qu'il avait déclaré l'accusé coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à la garde ou au contrôle, un élément de l'infraction.

Dans le passage de l'arrêt *Vaillancourt* cité précédemment, le juge Lamer reconnaît que, dans

ing proof of one element for proof of an essential element will not infringe the presumption of innocence if, upon proof of the substituted element, it would be unreasonable for the trier of fact not to be satisfied beyond a reasonable doubt of the existence of the essential element. This is another way of saying that a statutory presumption infringes the presumption of innocence if it requires the trier of fact to convict in spite of a reasonable doubt. Only if the existence of the substituted fact leads inexorably to the conclusion that the essential element exists, with no other reasonable possibilities, will the statutory presumption be constitutionally valid.

The presumption in s. 237(1)(a) does not have this inexorable character, as the section itself recognizes. A person can be seated in the driver's seat without an intention to assume care or control of the vehicle within the meaning of s. 234. *Appleby* provides an illustration: the accused in that case explained that he sat in the driver's seat of a taxi to use the radio to report an accident, and for no other purpose. The accused failed to convince the trial judge on a balance of probabilities, but the judge admitted that he had a reasonable doubt about the explanation. Other reasonable explanations for sitting in the driver's seat can readily be imagined. It cannot be said that proof of occupancy of the driver's seat leads inexorably to the conclusion that the essential element of care or control exists, and therefore, s. 237(1)(a) does not meet the test set out by Lamer J. in *Vaillancourt*.

Section 237(1)(a) requires the trier of fact to accept as proven that an accused had care or control of a vehicle, an essential element of the offence, in spite of a reasonable doubt about the existence of that element. The section therefore breaches the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*.

certain cas, substituer la preuve d'un élément à la preuve d'un élément essentiel ne portera pas atteinte à la présomption d'innocence si, après qu'on a prouvé l'existence de l'élément substitué, il était déraisonnable que le juge des faits ne soit pas convaincu hors de tout doute raisonnable de l'existence de l'élément essentiel. Il s'agit d'une autre façon de dire que la présomption légale porte atteinte à la présomption d'innocence si elle oblige le juge des faits à prononcer une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable. La présomption légale ne sera constitutionnelle que si l'existence du fait substitué entraîne inexorablement la conclusion que l'élément essentiel existe, sans aucune autre possibilité raisonnable.

La présomption énoncée à l'al. 237(1)a) ne possède pas ce caractère inexorable comme le reconnaît l'article lui-même. Une personne peut occuper la place du conducteur sans avoir l'intention d'assumer la garde ou le contrôle du véhicule au sens de l'art. 234. L'arrêt *Appleby* fournit un exemple: l'accusé dans cette affaire a expliqué qu'il s'était assis à la place du conducteur d'un taxi dans le seul but d'utiliser la radio afin de signaler un accident. L'accusé n'a pas réussi à convaincre le juge du procès suivant la prépondérance des probabilités, mais le juge a admis que l'explication suscitait chez lui un doute raisonnable. Il est facile d'imaginer d'autres explications raisonnables au fait d'occuper la place du conducteur. On ne peut dire que la preuve de l'occupation de la place du conducteur entraîne inexorablement la conclusion que l'élément essentiel de la garde ou du contrôle existe et, par conséquent, l'al. 237(1)a) ne satisfait pas aux critères énoncés par le juge Lamer dans l'arrêt *Vaillancourt*.

L'alinéa 237(1)a) exige que le juge des faits admette comme fait établi que l'accusé avait la garde ou le contrôle d'un véhicule, un élément essentiel de l'infraction, malgré un doute raisonnable au sujet de l'existence de cet élément. Par conséquent, l'article porte atteinte à la présomption d'innocence garantie par l'al. 11d) de la *Charte*.

IV

Section 1 of the Charter

The respondent and the Attorney General of Canada argue that even if s. 237(1)(a) infringes the presumption of innocence, the infringement is salvaged by s. 1 of the *Charter*, which reads:

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.

To decide this point, it is necessary to apply the s. 1 analysis set out by the majority in *Oakes*. There are two major criteria. First, the objective which the measure responsible for the limit on a right or freedom is designed to serve must be sufficiently important to permit overriding the constitutionally-protected right or freedom (*Oakes, supra*, at p. 138). Second, to show that the measures are reasonable and demonstrably justified requires an analysis of the proportionality of the measures (*Oakes, supra*, at p. 139). There are three components to the proportionality test: the measures must be carefully designed to achieve the objective of the legislation, with a rational connection to the objective. The second component is that the measure should impair the right or freedom as little as possible. Finally, there must be proportionality between the effects of the impugned measures on the protected right and the attainment of the objective.

The respondent Crown and the Attorney General of Canada argued strongly that the objective of s. 237(1)(a) is sufficiently important to warrant overriding a *Charter* right. The section, along with the related sections concerning the use, care or control of a motor vehicle while the ability to drive is impaired by alcohol or while the proportion of alcohol in the blood exceeds certain limits, is a response to a major social problem. Counsel for the respondent submitted affidavit evidence outlining the number of people charged annually with these offences, the number of fatalities and injuries caused by impaired drivers, the number of accidents where alcohol is a factor, and the cost to the

IV

L'article premier de la Charte

L'intimée et le procureur général du Canada soutiennent que, même si l'al. 237(1)a porte atteinte à la présomption d'innocence, la violation est sauvegardée par l'article premier de la *Charte*:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Pour trancher ce point, il est nécessaire de recourir à l'analyse de l'article premier énoncée par la Cour à la majorité dans l'arrêt *Oakes*. Il y a deux critères importants. En premier lieu, l'objectif que vise à servir la mesure qui apporte une restriction à un droit ou à une liberté doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution (*Oakes, précité*, à la p. 138). En deuxième lieu, pour démontrer que les mesures sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer, il faut une analyse de la proportionnalité des mesures (*Oakes, précité*, à la p. 139). Le critère de proportionnalité comporte trois éléments: les mesures doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif du texte législatif et avoir un lien rationnel avec l'objectif. Deuxièmement, la mesure doit porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté. Enfin, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures contestées sur le droit garanti et la réalisation de l'objectif.

Le ministère public intimé et le procureur général du Canada ont soutenu avec vigueur que l'objectif de l'al. 237(1)a est suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la *Charte*. Cet article, de même que les articles connexes concernant l'utilisation ou le contrôle d'un véhicule à moteur à un moment où la capacité de conduire est affaiblie par l'effet de l'alcool ou lorsque le taux d'alcoolémie excède certaines limites, constitue une réponse à un problème social important. L'avocat de l'intimée a présenté une preuve par affidavit soulignant le nombre de personnes accusées chaque année de ces infractions, le nombre d'accidents mortels et de blessures causés

public through insurance, hospital care, and the operation of the justice system. Counsel for the Attorney General referred the Court to the debates in the House of Commons when the predecessor of s. 237(1)(a) was first introduced in 1947, and also to the debates on the 1985 amendments. The Court was also referred to its own past decisions in *Saunders v. The Queen*, [1967] S.C.R. 284, and *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889, where the severity of the problems caused by impaired drivers was recognized. Reference should also be made to the recent decisions of this Court in *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621, and *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640.

It is not necessary to go into these submissions in detail, since the appellant conceded that the objective of s. 237(1)(a) was sufficiently important to warrant overriding a constitutionally-protected right. He did note, however, that s. 237(1)(a) is intended to assist the Crown to prove the offence of care or control of a motor vehicle while impaired, where the risk is that the occupant will put the vehicle in motion. The presumption does not address the more prevalent problem of those who actually operate the vehicle while their ability to do so is impaired.

In light of the submissions by the respondent and the Attorney General and the concession by the appellant, I accept that there is a valid objective for s. 237(1)(a) and that the first criterion of the *Oakes* test is met.

The first component of the proportionality inquiry is the requirement that the provision be carefully drawn and have a rational connection to the objective. Section 237(1)(a) creates a presumption that a person in the driver's seat of a vehicle has the care or control of the vehicle, one of the elements of the offences under ss. 234 and 236. In my view, there is plainly a rational connection between the proved fact and the fact to be presumed. There is every reason to believe the person in the driver's seat has the care or control of the vehicle. The driver's seat is designed to give

par des conducteurs dont les facultés sont affaiblies, le nombre d'accidents dans lesquels l'alcool est un facteur et ce qu'il en coûte au public du fait des assurances, des soins hospitaliers et du système judiciaire. Le substitut du procureur général a référé à la Cour aux débats de la Chambre des communes de 1947 lors du dépôt de l'article qui est à l'origine de l'al. 237(1)a) et également aux débats sur les modifications de 1985. On a également mentionné à la Cour ses propres arrêts *Saunders v. The Queen*, [1967] R.C.S. 284, et *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889, dans lesquels elle a reconnu la gravité des problèmes causés par les conducteurs avec facultés affaiblies. Il convient également de mentionner les arrêts récents de cette Cour *R. v. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621, et *R. v. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640.

Il n'est pas nécessaire d'examiner ces arguments en détail étant donné que l'appelant admet que l'objectif de l'al. 237(1)a) est suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution. Toutefois, il a souligné que l'al. 237(1)a) est destiné à aider le ministère public à prouver l'infraction de garde ou de contrôle d'un véhicule à moteur avec facultés affaiblies, lorsqu'il y a un risque que l'occupant mette le véhicule en marche. La présomption ne s'attaque pas au problème plus répandu de ceux qui, en fait, conduisent le véhicule alors que leur capacité de le faire est affaiblie.

Compte tenu des arguments présentés par l'intimée et par le procureur général et de l'admission de l'appelant, je conviens que l'al. 237(1)a) vise un objectif valide et qu'il satisfait au premier critère établi dans l'arrêt *Oakes*.

Le premier élément de l'examen de la proportionnalité est que la disposition doit être rédigée soigneusement et avoir un lien rationnel avec l'objectif. L'alinéa 237(1)a) crée une présomption selon laquelle la personne qui occupe la place du conducteur d'un véhicule en a la garde ou le contrôle, un des éléments des infractions créées par les art. 234 et 236. À mon avis, il y a manifestement un lien rationnel entre le fait démontré et le fait présumé. Il y a toutes les raisons de croire que la personne qui occupe la place du conducteur a la garde ou le contrôle du véhicule. La place du

the occupant access to all the controls of the car, to be able to operate it. It is true that a vehicle can be occupied by one who does not assume care or control, but a person in this state of mind is likely to assume a position in the vehicle intended for a passenger rather than the driver. In my view, the relationship between the proved fact and the presumed fact under s. 237(1)(a) is direct and self-evident, quite unlike that which confronted the Court in *Oakes*. Since section 237(1)(a) is intended to achieve the objective identified and is not arbitrary, unfair, or based on irrational considerations, it passes this stage of the proportionality test.

The next stage of the proportionality inquiry is to ask whether the impugned measure impairs the right or freedom as little as possible. With respect to s. 237(1)(a), this is the most crucial and difficult aspect of s. 1 analysis. In my view, we must recognize that Parliament was faced with a difficult task in defining drinking and driving offences. The very fact that consumption of alcohol is an element of these offences renders problematic the element of intention. Justice precludes undue reliance upon strict or absolute liability. Social protection precludes undue emphasis upon the mental element to these offences. Parliament has decided to define the offence in terms of "care or control". As I have already noted, this Court has held that the Crown need not prove that the accused had an intention to drive or to set the vehicle in motion in order to secure a conviction for "care or control". The *mens rea* requirement for the offence of care or control is a minimal one and it has not been argued here that this constitutes a departure from the requirements of s. 7 or s. 11(d) of the *Charter*.

Criminal legislation relating to the use of a motor vehicle while impaired dates back some sixty-seven years to *An Act to amend the Criminal*

conducteur est conçue pour permettre à son occupant d'avoir accès à tous les contrôles de l'automobile pour être en mesure de la faire fonctionner. Il est vrai qu'une personne peut prendre place à bord d'un véhicule sans en avoir la garde ou le contrôle, mais une personne dans cet état d'esprit occupera vraisemblablement la place du passager plutôt que celle du conducteur. À mon avis, le rapport qui existe entre le fait démontré et le fait présumé aux termes de l'al. 237(1)a est direct et évident en soi, contrairement à celui qu'examinait la Cour dans l'arrêt *Oakes*. Étant donné que l'al. 237(1)a est conçu pour atteindre l'objectif identifié et n'est ni arbitraire, ni inéquitable, ni fondé sur des considérations irrationnelles, il satisfait cette étape du critère de proportionnalité.

À l'étape suivante de l'examen de la proportionnalité, il faut se demander si la mesure contestée est de nature à porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté. En ce qui a trait à l'al. 237(1)a, il s'agit de l'aspect le plus important et le plus utile de l'analyse aux fins de l'article premier. À mon avis, nous devons reconnaître que la définition des infractions en matière d'alcool au volant constitue une tâche difficile pour le législateur. Le fait même que la consommation d'alcool constitue un élément de ces infractions soulève un problème en ce qui a trait à l'élément de l'intention. La justice empêche qu'on se fie indûment à la responsabilité stricte ou absolue. La protection de la société empêche qu'on mette indûment l'accent sur l'élément moral de ces infractions. Le législateur a décidé de définir l'infraction en fonction de «la garde ou du contrôle». Comme je l'ai déjà mentionné, cette Cour a conclu que le ministère public n'a pas besoin de démontrer que l'accusé avait l'intention de conduire ni de mettre le véhicule en marche pour entraîner une déclaration de culpabilité en matière de «garde ou contrôle». L'exigence de la *mens rea* pour l'infraction de garde ou de contrôle est minimale et on n'a pas soutenu en l'espèce que cela constitue une dérogation aux exigences de l'art. 7 ou de l'al. 11d) de la *Charte*.

La législation criminelle relative à l'utilisation d'un véhicule à moteur avec facultés affaiblies remonte à environ soixante-sept ans avec la *Loi*

Code, S.C. 1921, c. 25, s. 3, which added s. 285C to the *Criminal Code*, R.S.C. 1906, c. 146. The new provision made it an offence to drive a motor vehicle while intoxicated. Four years later, Parliament amended s. 285C to make it an offence to have care or control of a motor vehicle while intoxicated, whether or not the vehicle was set in motion (*An Act to amend the Criminal Code*, S.C. 1925, c. 38, s. 5). This provision was carried forward in the *Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36, as s. 285(4). It was repealed and re-enacted in substantially the same form by *An Act to amend the Criminal Code*, S.C. 1930, c. 11, s. 6.

The addition of the care or control offence to the *Code* in 1925 caused some uncertainty. Several judges commented that the phrase was unusually broad and if taken literally could amount to criminal liability for the owner of a vehicle who was intoxicated in his or her home with the car keys in his or her pocket. The courts eventually concluded that the phrase had to be interpreted more restrictively to mean a person who was in a position to be able to set the vehicle in motion immediately. See *R. v. Higgins*, [1929] 1 D.L.R. 269 (Ont. S.C.); *R. v. Butler*, [1939] 4 D.L.R. 592 (Alta. S.C. App. Div.); *R. v. Crowe* (1941), 16 M.P.R. 101 (N.S.S.C. *in banco*); *R. v. Thomson*, [1941] 1 D.L.R. 516 (N.B.S.C. App. Div.); *R. v. Forbes*, [1943] O.W.N. 96 (Ont. Co. Ct.); *R. v. Armstrong*, [1944] 1 D.L.R. 233 (Ont. Co. Ct.), and *R. v. Hyatt*, [1945] O.R. 629 (Ont. H.C.)

The fact that the accused was often highly intoxicated caused problems. In *Butler*, *supra*, the accused was also found asleep and intoxicated behind the steering wheel of a car. Harvey C.J.A. for the court held that intoxication affects the ability of a person to have the care or control of a vehicle. Since the accused was unconscious when found, he was incapable of exercising care or control and was acquitted. Ford J.A. concurred in the result, but argued that in some cases a person would be in care or control notwithstanding his helpless position. In *Forbes*, *supra*, the accused

modifiant le Code criminel, S.C. 1921, chap. 25, art. 3, qui ajoutait l'art. 285C au *Code criminel*, S.R.C. 1906, chap. 146. En vertu de la nouvelle disposition, conduire en état d'ébriété un véhicule à moteur devenait une infraction. Quatre ans plus tard, le législateur modifie l'art. 285C pour faire une infraction de la garde ou du contrôle d'un véhicule à moteur avec facultés affaiblies, que celui-ci ait ou non été mis en marche (*Loi modifiant le Code criminel*, S.C. 1925, chap. 38, art. 5). Cette disposition a été reprise dans le par. 285(4) du *Code criminel*, S.R.C. 1927, chap. 36. Elle a été abrogée et édictée de nouveau substantiellement sous la même forme par la *Loi modifiant le Code criminel*, S.C. 1930, chap. 11, art. 6.

L'adjonction au *Code* en 1925 de l'infraction de garde ou de contrôle a causé une certaine incertitude. Certains juges ont dit que l'expression avait une portée inhabituellement large et que son interprétation littérale pouvait entraîner la responsabilité criminelle du propriétaire d'un véhicule en état d'ébriété dans sa maison avec les clés de contact dans sa poche. Finalement, les tribunaux ont conclu que l'expression devait être interprétée de façon plus restrictive de manière à viser une personne qui était susceptible de mettre le véhicule en marche sur-le-champ. Voir les affaires *R. v. Higgins*, [1929] 1 D.L.R. 269 (C.S. Ont.), *R. v. Butler*, [1939] 4 D.L.R. 592 (C.S. Alb. Div. app.), *R. v. Crowe* (1941), 16 M.P.R. 101 (C.S.N.-É. *in banco*), *R. v. Thomson*, [1941] 1 D.L.R. 516 (C.S.N.-B. Div. app.), *R. v. Forbes*, [1943] O.W.N. 96 (C. cté Ont.), *R. v. Armstrong*, [1944] 1 D.L.R. 233 (C. cté Ont.), et *R. v. Hyatt*, [1945] O.R. 629 (H.C. Ont.)

Le fait que l'accusé était souvent en état d'ébriété avancé causait des problèmes. Dans l'affaire *Butler*, précitée, l'accusé a été trouvé endormi et en état d'ébriété au volant d'une automobile. Le juge en chef Harvey au nom de la Division d'appel de l'Alberta a conclu que l'ivresse a un effet sur la capacité d'une personne d'avoir la garde ou le contrôle d'un véhicule. Étant donné que l'accusé n'était pas conscient lorsqu'on l'a trouvé, il était incapable d'exercer la garde ou le contrôle et a été acquitté. Le juge Ford a souscrit quant au résultat, mais a soutenu que dans cer-

was found slumped over the steering wheel with the keys in the ignition. He testified that he had had no intention of starting the car. The Ontario County Court allowed his appeal on the grounds that since the accused did not have the physical or mental capacity to put the car in motion, he did not have care or control. The judge recognized that the result placed a premium on drunkenness, but felt compelled to acquit as the evidence showed the accused was incapable of putting the car in motion. Similarly, in *Armstrong, supra*, the Ontario County Court held that the accused must be aware that he had the care or control of the vehicle. Since the accused was in a drunken stupor in the driver's seat, the judge held that there was a reasonable doubt whether the accused knew he had the care or control of the vehicle. The accused was acquitted.

Crowe and Hyatt, supra, go to the opposite extreme. In both cases, the accused were found slumped over the steering wheel, intoxicated, with the keys in the ignition. The Ontario High Court and the Nova Scotia Supreme Court *in banco* both found that the offence of care or control of a motor vehicle while intoxicated was an absolute liability offence, designed to protect the public from conduct that posed grave risks. Both courts relied on the absence of the words "wilfully" or "with intent" in the wording of the then s. 285(4) to conclude that there was no mental element at all. Guilt followed on proof that the person was intoxicated and in a position to set the vehicle in motion.

In 1947, Parliament enacted the presumption now found as s. 237(1)(a), as a proviso to s. 285(4). The purpose of the proviso was said at the time of its introduction to be to clarify the content of the offence and to make it difficult for an accused to avoid conviction for the care or control

tains cas une personne pourrait avoir la garde ou le contrôle malgré son état d'impuissance. Dans l'affaire *Forbes*, précitée, l'accusé a été trouvé affaissé sur le volant, alors que les clés étaient dans le contact. Il a déposé qu'il n'avait pas eu l'intention de faire démarrer la voiture. La Cour de comté de l'Ontario a accueilli son appel pour le motif que, puisque l'accusé n'avait pas la capacité physique ou mentale de mettre la voiture en marche, il n'en avait pas la garde ou le contrôle. Le juge a reconnu que le résultat donnait une prime à l'état d'ébriété, mais il s'est senti obligé de rendre un verdict d'acquiescement étant donné que la preuve démontrait que l'accusé était incapable de mettre l'automobile en marche. De même, dans l'affaire *Armstrong*, précitée, la Cour de comté de l'Ontario a conclu que l'accusé devait savoir qu'il avait la garde ou le contrôle du véhicule. Étant donné qu'il se trouvait dans un état d'hébétéude due à l'ivresse et occupait la place du conducteur, le juge a conclu qu'il y avait un doute raisonnable quant à savoir si l'accusé savait qu'il avait la garde ou le contrôle du véhicule. L'accusé a été acquitté.

Les affaires *Crowe et Hyatt*, précitées, vont complètement dans le sens contraire. Dans les deux cas, l'accusé a été trouvé affaissé sur le volant, en état d'ébriété, avec les clés dans le contact. La Haute Cour de l'Ontario et la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse *in banco* ont conclu que l'infraction de garde ou de contrôle avec facultés affaiblies d'un véhicule à moteur était une infraction de responsabilité absolue, destinée à protéger le public contre une conduite qui comportait des risques graves. Les deux tribunaux se sont fondés sur l'absence des termes «volontairement» ou «avec l'intention» dans le texte du par. 285(4) pour conclure qu'il n'y avait absolument aucun élément moral. La culpabilité découle de la preuve que la personne était en état d'ébriété et était dans une position qui lui permettait de mettre le véhicule en marche.

En 1947, le Parlement a adopté la présomption qui se trouve maintenant dans l'al. 237(1)a), à titre de réserve au par. 285(4). Au moment de son dépôt, on a dit qu'elle avait pour but de clarifier le contenu de l'infraction et de faire en sorte qu'il soit difficile pour un accusé d'éviter d'être déclaré

offence on the ground that he or she was too impaired to assume control of the vehicle. Our attention has been drawn to the exchange which took place between the Minister of Justice and two members of the House of Commons during the debate on second reading (*Debates of the House of Commons*, 3rd Sess., 20th Parl., 1947, vol. VI, at p. 5048):

Mr. McMaster: Those words were not in the old act. If he was in it, whether it was in motion or not, he was supposed to be guilty of the offence.

Mr. Ilsley [Minister]: No, with deference, I think the hon. member is wrong. Before this amendment, if his state of intoxication were sufficiently advanced the courts in many of the provinces held he did not have control of the motor vehicle. It is no longer open to an accused person to defend himself on those grounds. The early words in this proviso take that defence away from him. But they leave a defence to a person who, having got into the car for the purpose of setting it in motion, goes to sleep.

Mr. Miller: I return to the point I tried to make a moment ago. It seems to me that a man who is drunk and stops his car on the side of the road for the same purpose, namely to sleep it off, should be in just as strong a position as the drunken man who got into the care, not intending to start off with it. The other man got into the car with the intention of driving it. He does drive it for a distance and finds he is incapable of doing so. Therefore he wisely drives off to the side of the road. I say he should be protected just as much as the drunken man who gets in but does not start the car at all.

Mr. Ilsley: The hon. member's argument leads to this conclusion, that we should not change the section at all. Perhaps we should not. But certainly we have been severely criticized by the courts for not changing it. There is a recent judgment of a judge in the supreme court of New Brunswick which is most caustic in its reference to the lawmakers. The reason is obvious.

If persons accused of driving a car while intoxicated can go into a court and say, "I was too drunk to be guilty," it shocks the public; indeed it shocks us all, I believe.

This history shows that there is a serious problem with the mental element of this offence, because the fact of intoxication itself raises doubts about the accused's mental state and ability to

coupable de l'infraction de garde ou de contrôle en plaidant que ses facultés étaient trop affaiblies pour avoir le contrôle du véhicule. On a attiré notre attention sur l'échange qui a eu lieu entre le ministre de la Justice et deux députés de la Chambre des communes au cours du débat en deuxième lecture (*Débats de la Chambre des communes*, 3^e Sess., 20^e Parl., 1947, vol. VI, à la p. 5048):

M. McMaster: Ces mots ne figuraient pas dans l'ancienne loi ou, s'ils s'y trouvaient la personne était coupable d'un délit, que la voiture fût en mouvement ou non.

Le très hon. M. Ilsley: En toute déférence, je dois dire qu'à mon avis l'honorable député fait erreur. Avant le présent amendement, si l'intéressé était dans un état d'ébriété assez avancé, les tribunaux de la plupart des provinces prenaient pour acquis qu'il ne conduisait pas le véhicule à moteur. Un accusé ne peut plus invoquer ces motifs pour se disculper. Les premiers mots de cette clause conditionnelle l'en empêchent mais celle-ci laisse un moyen de défense à quelqu'un qui, ayant pénétré dans une automobile afin de la mettre en marche, s'y endort.

M. Miller: Je reviens à ce que j'ai tenté de démontrer tout à l'heure. Il me semble que le conducteur ivre qui stationne sa voiture contre un fossé dans le même but, c'est-à-dire pour cuver son vin, mérite tout autant de considération que celui qui monte dans sa voiture sans intention de la mettre en marche. Le premier avait bien l'intention de conduire sa voiture, ce qu'il a fait effectivement sur une courte distance, mais se jugeant incapable d'aller plus loin, il est quand même assez intelligent pour stationner en lieu sûr. J'estime qu'il a droit à la même considération que l'autre.

Le très hon. M. Ilsley: En somme, l'honorable député voudrait que nous laissions l'article tel quel. Peut-être a-t-il raison, mais les tribunaux ne sont sûrement pas de cet avis. Dans un jugement de date récente, un juge de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick tance vertement les législateurs. La raison est évidente.

La population,—et c'est aussi le cas de chacun d'entre nous,—trouve révoltant que nous permettions au chauffeur ivre de se présenter devant un tribunal et de donner comme excuse qu'il avait trop bu pour être responsable de ses actes.

Ce rappel historique indique que l'élément moral de cette infraction pose un problème grave parce que l'ivresse elle-même cause des doutes en ce qui a trait à l'état mental de l'accusé et à sa

form an intention. The presumption was created by Parliament in response to that history. On the one hand, it was repugnant to theories of criminal liability that a person could be convicted of an absolute liability crime, with no possibility of a defence based on the mental state of the accused. On the other hand, as the Minister of Justice commented, it is shocking to hear that an accused could be acquitted of an offence for which consumption of alcohol is a required element, because he was too intoxicated to be guilty. The presumption was added to resolve the problems caused by both of these alternatives. Parliament wished to discourage intoxicated people from even placing themselves in a position where they could set a vehicle in motion, while at the same time providing a way for a person to avoid liability when there was a reason for entering the vehicle other than to set it in motion. The position adopted is admittedly a compromise. It is an attempt to balance the dangers posed by a person whose abilities to reason are impaired by alcohol with the desire to avoid absolute liability offences. It is an attempt by Parliament to recognize that alcohol, because of its effects on the reasoning process, may in some cases require a special treatment, while avoiding absolute liability offences.

The facts of the present case indicate that the problem identified by the Minister of Justice in 1947 could well recur today, absent s. 237(1)(a). Although the accused was found slumped over the steering wheel in a vehicle with the lights on, keys in the ignition and engine warm, the trial judge found that in the absence of the presumption, there would be a reasonable doubt as to guilt.

In my view, viewed in this context, s. 237(1)(a) represents a restrained parliamentary response to a pressing social problem. It is important for the purposes of the s. 1 analysis to view s. 237(1)(a) in the context of its overall statutory setting. Parliament has attempted to strike a balance. On the one hand, the Crown need only prove a minimal level of intent on account of the fact that consumption

capacité de former une intention. La présomption a été créée par le législateur en réponse à cet historique. D'une part, il était contraire aux théories de responsabilité pénale qu'une personne puisse être déclarée coupable d'un acte criminel de responsabilité absolue sans pouvoir invoquer un moyen de défense fondé sur son état mental. D'autre part, comme l'a fait remarquer le ministre de la Justice, il est révoltant de constater qu'un accusé pourrait être acquitté d'une infraction dont un élément requis est la consommation d'alcool, parce qu'il était trop ivre pour être coupable. La présomption a été ajoutée pour régler les problèmes que soulèvent ces deux situations. Le législateur voulait décourager les gens en état d'ébriété de risquer de se placer dans une situation où ils pourraient mettre un véhicule en marche et en même temps leur fournir un moyen d'échapper à la responsabilité lorsqu'ils avaient un motif pour monter dans le véhicule autre que celui de le mettre en marche. Il va sans dire que la position adoptée constitue un compromis. Il s'agit d'une tentative pour équilibrer les dangers posés par une personne dont la capacité de raisonner est affaiblie par l'alcool et le désir d'éviter les infractions de responsabilité absolue. Le législateur a tenté de reconnaître que l'alcool, en raison de ses effets sur les facultés de raisonnement, peut dans certains cas exiger un traitement spécial tout en évitant de recourir aux infractions de responsabilité absolue.

Les faits de l'espèce indiquent que le problème identifié par le ministre de la Justice en 1947 pourrait très bien se reproduire aujourd'hui, s'il n'y avait pas l'al. 237(1)a). Bien que l'accusé ait été trouvé affaissé sur le volant d'un véhicule dont les phares étaient allumés, les clés dans le contact et le moteur chaud, le juge du procès a conclu que, n'eût été la présomption, il aurait eu un doute raisonnable quant à la culpabilité.

À mon avis, si on l'examine dans ce contexte, l'al. 237(1)a) constitue une réponse parlementaire mesurée à un problème social pressant. Aux fins de l'analyse de l'article premier, il est important d'examiner l'al. 237(1)a) dans son contexte législatif global. Le législateur a tenté d'arriver à un équilibre. D'une part, il suffit que le ministère public prouve un niveau minimal d'intention en

of alcohol is itself an ingredient of the offence. On the other hand, where an accused can show that he or she had some reason for entering the vehicle and occupying the driver's seat other than to drive the vehicle, the accused will escape conviction. Viewed in this light, s. 237(1)(a) constitutes a minimal interference with the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*.

The final stage of the *Oakes* test is to ask whether there is proportionality between the effects of the impugned measure and the objective being advanced. In my view, s. 237(1)(a) satisfies this final element in s. 1 analysis. The threat to public safety posed by drinking and driving has been established by evidence in this case and recognized by this Court in others. While section 237(1)(a) does infringe the right guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*, it does so in the context of a statutory setting which makes it impracticable to require the Crown to prove an intention to drive. The reverse onus provision, in effect, affords a defence to an accused which could not otherwise be made available.

V

Conclusion

It follows, in my view, that the appeal should be dismissed and the constitutional questions answered as follows:

Question 1:

1. Does section 237(1)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34, infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

Question 2:

2. If section 237(1)(a) of the *Criminal Code* infringes or denies the rights and freedoms guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*, is this section justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer: Yes.

raison du fait que la consommation d'alcool constitue en elle-même un élément de l'infraction. D'autre part, lorsqu'un accusé peut démontrer que son motif pour monter dans le véhicule et occuper la place du conducteur était autre que celui de le conduire, il ne sera pas déclaré coupable. Vu sous cet angle, l'al. 237(1)a constitue une atteinte minimale à la présomption d'innocence que garantit l'al. 11d) de la *Charte*.

Dans l'étape finale de l'application du critère de l'arrêt *Oakes*, il faut se demander s'il y a proportionnalité entre les effets de la mesure contestée et l'objectif visé. À mon avis, l'al. 237(1)a satisfait à cet élément final de l'analyse aux termes de l'article premier. La preuve en l'espèce démontre que la sécurité publique est menacée par l'alcool au volant, situation que cette Cour a reconnue dans d'autres arrêts. Bien que l'al. 237(1)a porte effectivement atteinte au droit que garantit l'al. 11d) de la *Charte*, il le fait dans un contexte législatif où il est irréaliste d'exiger que le ministère public démontre une intention de conduire. En fait, la disposition portant inversion de la charge de la preuve accordée à l'accusé un moyen de défense qu'autrement il ne pourrait invoquer.

V

Conclusion

À mon avis, il convient donc de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

Question 1:

1. L'alinéa 237(1)a du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, chap. C-34, viole-t-il ou nie-t-il les droits et libertés garantis par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

Question 2:

2. Si l'alinéa 237(1)a du *Code criminel* viole ou nie les droits et libertés garantis par l'al. 11d) de la *Charte*, cet alinéa est-il justifié par l'article premier de la *Charte* et n'est-il donc pas incompatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse: Oui.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Robertson, Peck, Thompson, Casilio, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

Solicitor for the intervener: Frank Iacobucci, Ottawa.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Robertson, Peck, Thompson, Casilio, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Victoria.

Procureur de l'intervenant: Frank Iacobucci, Ottawa.

Serge Gagnon Appellant

v.

**Canada Employment and Immigration
Commission Respondent**INDEXED AS: CANADA (CANADA EMPLOYMENT AND
IMMIGRATION COMMISSION) v. GAGNON

File No.: 19529.

1988: March 4; 1988: July 28.

Present: Beetz, Estey*, McIntyre, Wilson, Le Dain,
La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

Unemployment insurance — Extension of benefit period — Payment to injured claimant of temporary total workmen's compensation payments for work-related injury during extended benefit period — Suspension of unemployment insurance benefits — Having recovered and being available for work, whether claimant entitled to an extension of his benefit period under s. 20(7)(b) notwithstanding s. 36 of the Unemployment Insurance Act, 1971.

Appellant received unemployment insurance benefits pursuant to the provisions of the *Unemployment Insurance Act, 1971* for thirty-four weeks, namely until January 22, 1983. On this date he was in a regionally extended benefit period (s. 35). Hospitalized two days later for surgery rendered necessary by a work-related injury sustained in 1981, appellant became eligible for "total workmen's compensation payments for an . . . injury" and, pursuant to s. 29(3) of the Act, his unemployment insurance benefits were suspended. Having recovered but being unable to find work, appellant applied for an extension of his unemployment insurance benefit period, under s. 20(7)(b) of the Act. The benefits claimed cover the fifteen-week period equivalent to the time he was incapacitated, during which he received benefits from the C.S.S.T., that is within the period of extended benefits to which he would have been entitled if he had not been hospitalized. His application was dismissed on the ground that he was beyond his initial benefit period and that, in view of s. 36 of the Act, a claimant is not "entitled to be paid extended benefit for any working day for which he fails to prove that he was capable of and available for work". The Board of Referees upheld this decision. On appeal, an umpire

* Estey J. took no part in the judgment.

Serge Gagnon Appellant

c.

**La Commission de l'emploi et de
l'immigration du Canada Intimée**RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET
DE L'IMMIGRATION DU CANADA) c. GAGNON

N° du greffe: 19529.

1988: 4 mars; 1988: 28 juillet.

Présents: Les juges Beetz, Estey*, McIntyre, Wilson,
Le Dain, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Assurance-chômage — Prolongation de la période de prestations — Paiement à un prestataire accidenté d'une indemnité temporaire maximale prévue pour un accident du travail pendant la période de prestations complémentaires — Interruption des prestations d'assurance-chômage — Malgré l'article 36 de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, le prestataire a-t-il droit, une fois rétabli et disponible au travail, à la prolongation de sa période de prestations en vertu de l'art. 20(7)b)?

L'appelant a bénéficié en vertu des dispositions de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* de prestations d'assurance-chômage pendant trente-quatre semaines, soit jusqu'au 22 janvier 1983. À cette date, il était en période de prestations complémentaires par région (art. 35). Hospitalisé deux jours plus tard pour une opération chirurgicale rendue nécessaire par un accident du travail survenu en 1981, l'appelant est devenu éligible à «l'indemnité maximale prévue pour un accident du travail» et, conformément au par. 29(3) de la Loi, ses prestations d'assurance-chômage ont été interrompues. Une fois rétabli mais incapable de trouver du travail, l'appelant a demandé, en vertu de l'al. 20(7)b) de la Loi, une prolongation de sa période de prestations d'assurance-chômage. Les prestations réclamées couvrent la période de quinze semaines équivalent à la période de son invalidité pendant laquelle il recevait des prestations de la C.S.S.T., soit à l'intérieur de la période de prestations complémentaires auxquelles il aurait eu droit s'il n'avait pas été hospitalisé. Sa demande a été rejetée pour le motif qu'il était en dehors de sa période de prestations initiales et que, vu l'art. 36 de la Loi, un prestataire n'est pas «admissible [. . . aux] prestations complémentaires pour tout jour ouvrable pour lequel il ne prouve pas qu'il

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

allowed appellant's claim. The Federal Court of Appeal set aside this decision, however, and restored the decision of the Board of Referees. This appeal is to determine whether a claimant who was disentitled to extended benefit for a certain time by reason of s. 29(3) of the Act is entitled to an extension of his benefit period if during that time he was also disentitled to extended benefit by reason of s. 36 of the Act.

Held: The appeal should be allowed.

Per Beetz, McIntyre, Le Dain and La Forest JJ.: Section 20(7) of the *Unemployment Insurance Act, 1971* is intended to apply to an extension of a benefit period in respect of extended benefit. This is indicated by the words "not entitled to initial or extended benefit" in s. 20(7) and by ss. 34(3) and 35(4), which expressly provide that s. 20(7) shall apply to a period of extended benefit. The conclusion to be drawn from these provisions is that the disentitlement provided by s. 29(3) for being in receipt of temporary total workmen's compensation payments is intended to apply to both initial and extended benefit. The interpretation given to s. 20(7) by the Federal Court of Appeal is contrary to this intention because it would make s. 20(7)(b) virtually inapplicable to a case of extended benefit since a claimant who is in receipt of temporary total workmen's compensation payments will be generally, if not always, one who is not capable of and available for work within the meaning of s. 36. For reasons best known to it, the legislature must be held to have intended that this category of claimant should be entitled to an extension of a period of extended benefit despite the fact that he would also have been disentitled to extended benefit by reason of s. 36. This conclusion is reinforced by the category of claimant referred to in s. 20(7)(a)—one who is confined in any gaol, penitentiary or other similar institution—who will also clearly be disentitled to extended benefit by reason of s. 36.

Per Wilson and L'Heureux-Dubé JJ.: Under section 20(7)(b) of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, the victim of a work-related injury who is temporarily receiving total workmen's compensation for an injury—and who is thus unable to work—once he has recovered and is available for work, is eligible for an extension of

était capable de travailler et disponible à cette fin». Le conseil arbitral a confirmé cette décision. En appel, un juge-arbitre a fait droit aux prétentions de l'appelant. La Cour d'appel fédérale a toutefois infirmé cette décision et rétabli la décision du conseil arbitral. Le pourvoi vise à déterminer si un prestataire qui était inadmissible à recevoir des prestations complémentaires pendant un certain temps en application du par. 29(3) de la Loi a droit à une prolongation de sa période de prestations si, pendant ce temps, il était également inadmissible à recevoir des prestations complémentaires en raison de l'art. 36 de la Loi.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les juges Beetz, McIntyre, Le Dain et La Forest: L'application du par. 20(7) de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* vise les périodes de prolongation des prestations complémentaires. Cela ressort des termes du par. 20(7) «n'avait pas droit à des prestations initiales ou complémentaires» et de ceux des par. 34(3) et 35(4) qui prévoient expressément que le par. 20(7) s'applique aux périodes de prestations complémentaires. La conclusion que l'on peut tirer de ces dispositions est que l'inadmissibilité prévue au par. 29(3) parce que le prestataire touche, sur une base temporaire, l'indemnité maximale prévue pour un accident du travail s'applique tant aux prestations initiales qu'aux prestations complémentaires. L'interprétation que la Cour d'appel fédérale donne au par. 20(7) est contraire à cette intention parce qu'elle rendrait l'application de l'al. 20(7)(b) pratiquement impossible dans le cas de prestations complémentaires puisqu'un prestataire qui touche, sur une base temporaire, l'indemnité maximale prévue pour un accident du travail, est habituellement, sinon toujours, un prestataire qui n'est ni capable de travailler ni disponible à cette fin au sens de l'art. 36. Pour des motifs mieux connus du législateur, il faut présumer qu'il a voulu que cette catégorie de prestataires ait droit à une prolongation de la période de prestations complémentaires malgré le fait que le prestataire aurait été également inadmissible à recevoir des prestations complémentaires en raison de l'art. 36. Cette conclusion est renforcée par la catégorie de prestataires mentionnés à l'al. 20(7)(a)—ceux qui sont détenus dans une prison, un pénitencier ou une autre institution de même nature—qui sont aussi clairement inadmissibles à des prestations complémentaires en raison de l'art. 36.

Les juges Wilson et L'Heureux-Dubé: En vertu de l'al. 20(7)(b) de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, la victime d'un accident du travail qui retire temporairement l'indemnité maximale prévue pour un accident du travail—et qui est donc incapable de travailler—est, une fois rétabli et disponible au travail, admissible à la

his unemployment benefit period, even when that disability occurs during his extended benefit period. This interpretation is in keeping with the wording of s. 20(7)(b) and is consistent with the provisions of the Act as a whole, in particular ss. 25(b), 29(3), 34, 35 and 36.

It is possible to interpret the provisions of s. 36 without adding to the text of s. 20(7)(b) or limiting its scope. Under section 25(b) of the Act, a claimant who is ill or injured will be entitled to initial benefits even though during this period he is incapable of working and not available for work, except someone who "receives temporary total workmen's compensation payments for an . . . injury" (s. 29(3)). As to extended benefits, the ill or injured claimant, because of his temporary total disability, is incapable of and not available for work and cannot receive extended benefits during his disability (s. 36) which, conversely, is not the case for initial benefits (s. 25(b)). When he is again available within the meaning of s. 36, however, the claimant will be entitled to the rest of the extended benefits to which he would otherwise have been entitled under ss. 34 and 35 and, under s. 20(7)(b) of the Act, to an extension of his benefit period for the aggregate of any weeks during which he was in receipt of workmen's compensation payments for his work-related injury, provided such extension does not exceed the maximum of one hundred and four weeks permitted by the Act (s. 20(9)). In addition to being consistent with ss. 20(7)(b), 34 and 35 of the Act, this interpretation corresponds to the purpose of the Act, which is to compensate a worker who is involuntarily unemployed but not to penalize one who is temporarily and involuntarily unavailable.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: Canadian Pacific Ltd. v. Attorney General of Canada, [1986] 1 S.C.R. 678; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; *Abrahams v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 2; *Lebbad*, CUB-8366; *Guglielmi*, CUB-8372; *Jove v. Umpire Constituted under Section 92 of the Unemployment Insurance Act*, 1971, F.C.A., No. A-1071-84, June 19, 1985, rev'd [1988] 2 S.C.R. 53.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1974-75-76, c. 80, s. 13.

prolongation de sa période de prestations d'assurance-chômage alors même que cette incapacité survient pendant sa période de prestations complémentaires. Cette interprétation respecte le texte de l'al. 20(7)b) et s'harmonise avec l'ensemble des dispositions de la Loi, en particulier l'al. 25b), le par. 29(3) et les art. 34, 35 et 36.

Il est possible en effet d'interpréter les dispositions de l'art. 36 sans ajouter au texte de l'al. 20(7)b) ni en restreindre la portée. En vertu de l'al. 25b), un prestataire malade ou blessé a droit à des prestations initiales même si, pendant cette période, il est incapable de travailler et non disponible à cette fin, sauf celui qui «touche, sur une base temporaire, l'indemnité maximale prévue pour un accident du travail . . .» (par. 29(3)). En ce qui a trait aux prestations complémentaires, le prestataire malade ou blessé, du fait de son incapacité totale temporaire, est incapable de travailler et n'est pas disponible à cette fin et il n'a pas le droit de recevoir de prestations complémentaires pendant son incapacité (art. 36), contrairement à ce qui est le cas pour les prestations initiales (al. 25b)). Toutefois, redevenu disponible au sens de l'art. 36, le prestataire aura droit au reste des prestations complémentaires auxquelles il aurait autrement eu droit en vertu des art. 34 et 35 et, en vertu de l'al. 20(7)b) de la Loi, à la prolongation de sa période de prestation pour un nombre de semaines équivalant à la période pendant laquelle il a reçu l'indemnité prévue pour son accident du travail, pourvu toujours que cette prolongation n'excède pas le maximum de cent quatre semaines permis par la Loi (par. 20(9)). En plus d'être compatible avec l'al. 20(7)b) et les art. 34 et 35 de la Loi, cette interprétation rejoint l'objectif de la Loi qui vise à indemniser le travailleur involontairement en chômage mais non de pénaliser celui qui est temporairement et involontairement indisponible.

Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: Canadien Pacifique Ltée c. Procureur général du Canada, [1986] 1 R.C.S. 678; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; *Abrahams c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 2; *Lebbad*, CUB-8366; *Guglielmi*, CUB-8372; *Jove c. Juge-arbitre nommé en vertu de l'article 92 de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, C.A.F., n° A-1071-84, 19 juin 1985, inf. [1988] 2 R.C.S. 53.

Lois et règlements cités

Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, chap. 48 [mod. 1974-75-76, chap. 80; 1976-77, chap.

Act to amend the Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1988, c. 8, s. 4.

Act to amend the Unemployment Insurance Act, 1971 (No. 3), S.C. 1980-81-82-83, c. 150, ss. 6, 11.

Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.

Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48 [am. 1974-75-76, c. 80; 1976-77, c. 54; 1978-79, c. 7], ss. 3, 16(1)(d), (e), 17(3)(a), (b), 18, 20(2), (7)(a), (b), (9), 21, 22(2), (3), 25, 27, 29(1), (3), 30, 31, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 44, 45, 95, 146.

Unemployment Insurance Regulations, C.R.C. 1978, c. 1576, ss. 16, 42(2), 43(3).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal¹, allowing respondent's application under s. 28 of the *Federal Court Act* and setting aside the decision of an umpire rendered under the *Unemployment Insurance Act, 1971*, CUB-9264. Appeal allowed.

Serge Francœur, for the appellant.

Gaspard Côté, Q.C., and *Carole Bureau*, for the respondent.

The judgment of Beetz, McIntyre, Le Dain and La Forest J.J. was delivered by

LE DAIN J.—My colleague Justice L'Heureux-Dubé has set out the factual background of the issue in the appeal and the applicable terms and provisions of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48. I agree with her that the appeal should be allowed and the appellant held to be entitled to an extension of his benefit period pursuant to s. 20(7) of the Act, but I find it necessary to state my own understanding of the issue and the reasons for that conclusion.

The issue is whether a claimant who was disentitled to extended benefit for a certain time by reason of s. 29(3) of the Act, because he was in receipt during that time of temporary total workmen's compensation payments, is entitled to an extension of his benefit period if during that time he was also disentitled to extended benefit by reason of s. 36 of the Act, because he was not capable of and available for work, as required by that provision. The issue involves the construction of the words "he was not entitled to initial or

54; 1978-79, chap. 7], art. 3, 16(1)d), e), 17(3)a), b), 18, 20(2), (7)a), b), (9), 21, 22(2), (3), 25, 27, 29(1), (3), 30, 31, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 44, 45, 95, 146.

^a *Loi modifiant la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1974-75-76, chap. 80, art. 13.

Loi modifiant la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1988, chap. 8, art. 4.

Loi n° 3 modifiant la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1980-81-82-83, chap. 150, art. 6, 11.

^b *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e supp.), chap. 10, art. 28.

Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C. 1978, chap. 1576, art. 16, 42(2), 43(3).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale¹, qui a accueilli la demande de l'intimée fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* et infirmé la décision d'un juge-arbitre rendue en vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, CUB-9264. Pourvoi accueilli.

^d *Serge Francœur*, pour l'appelant.

Gaspard Côté, c.r., et *Carole Bureau*, pour l'intimée.

^e Version française du jugement des juges Beetz, McIntyre, Le Dain et La Forest rendu par

LE JUGE LE DAIN—Ma collègue le juge L'Heureux-Dubé a présenté les faits à l'origine du litige et les dispositions applicables de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, chap. 48. Je conclus comme elle que le pourvoi doit être accueilli et que l'appelant a droit à une prolongation de sa période de prestations conformément au par. 20(7) de la Loi, mais j'estime nécessaire d'exposer ma propre façon de voir la question en litige et les motifs à l'appui de cette conclusion.

^h Le pourvoi vise à déterminer si un prestataire, qui était inadmissible à recevoir des prestations complémentaires pendant un certain temps en application du par. 29(3) de la Loi, parce qu'il touchait pendant ce temps, sur une base temporaire, l'indemnité maximale prévue pour un accident du travail, a droit à une prolongation de sa période de prestations si, pendant ce temps, il était également inadmissible à recevoir des prestations complémentaires en raison de l'art. 36 de la Loi, parce qu'il était ni capable de travailler ni disponi-

¹ F.C.A., No. A-1059-84, May 22, 1985.

¹ C.A.F., n° A-1059-84, 22 mai 1985.

extended benefit for the reason that he was . . . in receipt of temporary total workmen's compensation payments for an illness or injury" in s. 20(7), and in particular, whether, as was held by the Federal Court of Appeal, the words "for the reason" should be construed as meaning for the sole reason.

I should say at the outset that I find it quite unhelpful, and indeed impossible, to attempt to determine this issue on the basis of what may be perceived or supposed to be the underlying policy considerations respecting the different categories of entitlement, disentitlement and extension of benefit. I find the Act quite inscrutable at many places in this regard. I do not think that any general conclusions may be drawn with respect to the issue in the appeal from the different treatment accorded by the Act to the various categories of claimant outside of s. 20(7). It is probably necessary, however, to acknowledge one anomaly that arises from the interpretation of s. 20(7) that is urged by the appellant because it appears to have been a consideration with those who have taken the contrary view. Under the interpretation of s. 20(7) advanced by the appellant two claimants who are disentitled by s. 36 to extended benefits because they suffer an illness or injury that renders them incapable of and unavailable for work are treated differently in respect of the right to an extension of their benefit period, depending on whether or not during the time they were so disentitled they were also in receipt of temporary total workmen's compensation payments. It may be acknowledged that it is difficult to see the policy rationale for this anomaly but it is, in my respectful opinion, not one that can or should be corrected by what amounts to a judicial amendment of s. 20(7).

It is clear that s. 20(7) is intended to apply to an extension of a benefit period in respect of extended benefit. This is indicated by the words "not entitled to initial or extended benefit" in s. 20(7) and

ble à cette fin. Il faut donc en l'espèce interpréter les termes du par. 20(7) «il n'avait pas droit à des prestations initiales ou complémentaires parce qu'il [. . .] touchait, sur une base temporaire, l'indemnité maximale prévue pour un accident du travail ou une maladie professionnelle», et plus particulièrement se demander si, comme l'a décidé la Cour d'appel fédérale, les termes «parce qu'il» devraient être interprétés comme s'ils étaient précédés du mot uniquement.

Je dois dire tout de suite qu'il est tout à fait inutile et d'ailleurs impossible de tenter de trancher ce litige en se fondant sur ce que l'on estime ou suppose être les considérations de principe sous-jacentes aux différentes catégories de prestataires, admissibles et inadmissibles, et de périodes de prolongation des prestations. Je trouve qu'il est particulièrement difficile de comprendre plusieurs dispositions de la Loi à cet égard. Je ne crois pas qu'on puisse tirer de conclusion générale en ce qui concerne le présent litige des différentes façons dont la Loi traite les diverses catégories de prestataires exclus du par. 20(7). Toutefois, il est probablement nécessaire de reconnaître ce que l'interprétation du par. 20(7) préconisée par l'appellant a d'anormal puisque les tenants de l'opinion contraire semblent en avoir tenu compte. Selon l'interprétation du par. 20(7) préconisée par l'appellant, deux prestataires inadmissibles en vertu de l'art. 36 à des prestations complémentaires, parce que victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle qui les rend ni capables de travailler ni disponibles à cette fin, sont traités différemment en ce qui concerne le droit à une prolongation de leur période de prestations selon que, pendant ce temps, ils touchaient également ou non, sur une base temporaire, l'indemnité maximale prévue pour un accident du travail. On peut constater qu'il est difficile de comprendre la justification de cette anomalie, mais, à mon humble avis, celle-ci ne peut ni ne doit être corrigée par ce qui constituerait une intervention judiciaire pour modifier le par. 20(7).

Il est clair que l'application du par. 20(7) vise les périodes de prolongation des prestations complémentaires. Cela ressort des termes du par. 20(7) «n'avait pas droit à des prestations initiales

by ss. 34(3) and 35(4), which expressly provide that s. 20(7) shall apply to a period of extended benefit. The conclusion to be drawn from these provisions is that the disentitlement provided by s. 29(3) for being in receipt of temporary total workmen's compensation payments is intended to apply to both initial and extended benefit. The interpretation given to s. 20(7) by the Federal Court of Appeal is contrary to this intention because it would make s. 20(7)(b) virtually inapplicable to a case of extended benefit since a claimant who is in receipt of temporary total workmen's compensation payments will be generally, if not always, one who is not capable of and available for work within the meaning of s. 36. For reasons best known to it, I think the legislature must be held to have intended that this category of claimant should be entitled to an extension of a period of extended benefit despite the fact that he would also have been disentitled to extended benefit by reason of s. 36. This conclusion is reinforced in my opinion by the category of claimant referred to in para. (a) of s. 20(7)—one who is confined in any gaol, penitentiary or other similar institution—who will also clearly be disentitled to extended benefit by reason of s. 36. In other words, s. 20(7) exhibits as a whole an intention that certain categories of claimant shall be entitled to an extension of a period of extended benefit despite the fact that they were disentitled to extended benefit for a certain period of time by reason of not being capable of and available for work. I am therefore of the view that the appellant is entitled to an extension of his benefit period pursuant to s. 20(7) of the Act.

For these reasons I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal, and restore the decision of the Umpire.

ou complémentaires» et de ceux des par. 34(3) et 35(4) qui prévoient expressément que le par. 20(7) s'applique aux périodes de prestations complémentaires. La conclusion que l'on peut tirer de ces dispositions est que l'inadmissibilité prévue au par. 29(3) parce que le prestataire touche, sur une base temporaire, l'indemnité maximale prévue pour un accident du travail s'applique tant aux prestations initiales qu'aux prestations complémentaires. L'interprétation que la Cour d'appel fédérale donne au par. 20(7) est contraire à cette intention parce qu'elle rendrait l'application de l'al. 20(7)b) pratiquement impossible dans le cas de prestations complémentaires puisqu'un prestataire qui touche, sur une base temporaire, l'indemnité maximale prévue pour un accident du travail, est habituellement, sinon toujours, un prestataire qui n'est ni capable de travailler ni disponible à cette fin au sens de l'art. 36. Pour des motifs mieux connus du législateur, je crois qu'il faut présumer qu'il a voulu que cette catégorie de prestataires ait droit à une prolongation de la période de prestations complémentaires malgré le fait que le prestataire aurait été également inadmissible à recevoir des prestations complémentaires en raison de l'art. 36. À mon avis, cette conclusion est renforcée par la catégorie de prestataires mentionnés à l'al. 20(7)a)—ceux qui sont détenus dans une prison, un pénitencier ou une autre institution de même nature—qui sont aussi clairement inadmissibles à des prestations complémentaires en raison de l'art. 36. En d'autres termes, l'intention qui ressort du par. 20(7), pris dans son ensemble, est que certaines catégories de prestataires auront droit à une prolongation d'une période de prestations complémentaires même s'ils n'étaient pas admissibles à des prestations complémentaires pendant un certain temps parce qu'ils n'étaient ni capables de travailler ni disponibles à cette fin. Je suis donc d'avis que l'appellant a droit à une prolongation de sa période de prestation conformément au par. 20(7) de la Loi.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et de rétablir la décision du juge-arbitre.

English version of the reasons of Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—This case concerns the interpretation of ss. 20(7)(b) and 36 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, as amended (“the Act”):

20. ...

(7) Where a benefit period has been established in respect of a claimant and the claimant proves in such manner as the Commission may direct that for any week during that benefit period he was not entitled to initial or extended benefit for the reason that he was

(a) confined in any gaol, penitentiary or other similar institution, or

(b) in receipt of temporary total workmen's compensation payments for an illness or injury,

that benefit period shall be extended by the aggregate of any such weeks.

36. Notwithstanding paragraph (b) of section 25, a claimant is not entitled to be paid extended benefit for any working day for which he fails to prove that he was capable of and available for work and unable to obtain suitable employment.

(Section 36 as quoted above was in force when the case at bar arose on May 3, 1983, which was the date of the request for extension of the benefit period. The parties referred us to s. 36 which came into effect on January 1, 1984 pursuant to s. 11 of *An Act to amend the Unemployment Insurance Act, 1971 (No. 3)*, S.C. 1980-81-82-83, c. 150, and which read as follows:

36. Notwithstanding paragraph 25(b) and sections 30 and 32, a claimant is not entitled to be paid extended benefit for any working day for which he fails to prove that he was capable of and available for work and unable to obtain suitable employment.

That section has since been amended by *An Act to amend the Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1988, c. 8, s. 4 and now reads:

36. Notwithstanding paragraph 25(b) and sections 30, 32, 32.1 and 32.2, a claimant is not entitled to be paid extended benefit for any working day for which the claimant fails to prove that the claimant was capable of

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

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Ce litige a trait à l'interprétation de l'al. 20(7)b) et de l'art. 36 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, chap. 48 et modifications («la Loi»):

20. ...

(7) Lorsqu'une période de prestations a été établie au profit d'un prestataire et que ce prestataire prouve de la manière que la Commission peut exiger qu'au cours d'une ou plusieurs semaines de cette période de prestations il n'avait pas droit à des prestations initiales ou complémentaires parce qu'il

a) était détenu dans une prison, un pénitencier ou autre institution de même nature, ou

b) touchait, sur une base temporaire, l'indemnité maximale prévue pour un accident du travail ou une maladie professionnelle,

cette période sera, aux fins du présent article, prolongée d'un nombre équivalent de semaines.

36. Nonobstant l'alinéa b) de l'article 25, un prestataire n'est pas admissible au service des prestations complémentaires pour tout jour ouvrable pour lequel il ne prouve pas qu'il était capable de travailler et disponible à cette fin et incapable d'obtenir un emploi convenable.

(Cet article 36 est celui qui était en vigueur lors de la naissance du présent litige, soit le 3 mai 1983, date de la demande de prolongation. Les parties nous ont référés à l'art. 36 entré en vigueur ultérieurement, soit le 1^{er} janvier 1984 conformément à l'art. 11 de la *Loi n° 3 modifiant la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 150, qui se lisait:

36. Nonobstant l'alinéa 25b) et les articles 30 et 32, un prestataire n'est pas admissible au service des prestations complémentaires pour tout jour ouvrable pour lequel il ne prouve pas qu'il était capable de travailler et disponible à cette fin et incapable d'obtenir un emploi convenable.

Cet article a été modifié depuis par la *Loi modifiant la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1988, chap. 8, art. 4, pour se lire maintenant:

36. Nonobstant l'alinéa 25b) et les articles 30, 32, 32.1 et 32.2, un prestataire n'est pas admissible au service des prestations complémentaires pour tout jour ouvrable pour lequel il ne prouve pas qu'il était capable

and available for work and unable to obtain suitable employment.)

Facts and Decisions

In essence the undisputed facts may be summarized as follows. Appellant received unemployment insurance benefits for thirty-four weeks, namely until January 22, 1983. On this date he was in a regionally extended benefit period (s. 35). On January 24, appellant underwent surgery made necessary by a work-related injury received in 1981. He then became eligible for "total workmen's compensation payments for an . . . injury", payments which were made to him by the Commission de la santé et de la sécurité du travail of Quebec (C.S.S.T.) He accordingly became ineligible to receive unemployment insurance benefits (s. 29(3)). However, in accordance with information given to him by an officer employed by respondent, appellant on or about May 3, 1983, having recovered and no longer receiving C.S.S.T. benefits, and again unemployed though capable of and available for work, applied for an extension of his unemployment insurance benefit period, which had been interrupted when he was hospitalized (s. 20(7)(b)). This extension was denied as stated in the following notice dated May 6, 1983:

[TRANSLATION] At the time of your application for an extension of your benefit period, you had not established as required by s. 20 of the Unemployment Insurance Act, 1971 that from January 23 to April 8, 1983 you would otherwise have been eligible to receive benefits, in accordance with s. 36 of the Act which provides that a claimant is not entitled to be paid extended benefits for any working day for which he fails to prove that he was capable of and available for work.

The Board of Referees, to which appellant appealed, unanimously affirmed:

[TRANSLATION] The members of the Board of Referees consider that as the claimant was beyond his initial period he could not receive illness benefits during his extended period, under ss. 36 and 20(7) of the Act.

It should be added that he was no longer working at the time of his operation, but was unemployed.

The members of the Board of Referees have no alternative but to uphold the decision.

de travailler et disponible à cette fin et incapable d'obtenir un emploi convenable.)

Les faits et les décisions

a Pour l'essentiel, les faits, non contestés, se résument à ce qui suit. L'appelant a bénéficié de prestations d'assurance-chômage pendant trente-quatre semaines, soit jusqu'au 22 janvier 1983. À cette dernière date, il était en période de prestations complémentaires par région (art. 35). Le 24 janvier, l'appelant subissait une opération chirurgicale rendue nécessaire par un accident du travail survenu en 1981. Il devenait dès lors éligible à «l'indemnité maximale prévue pour un accident du travail», indemnité qui lui fut versée par la Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec (C.S.S.T.) De ce fait, il devenait inadmissible au bénéfice des prestations de chômage (par. 29(3)). Conformément, cependant, aux informations que lui avait données un fonctionnaire à l'emploi de l'intimée, l'appelant, une fois rétabli et ne bénéficiant plus des prestations de la C.S.S.T. mais de nouveau en chômage quoique disponible et apte au travail, demande, le 3 mai 1983 ou vers cette date, une prolongation de sa période de prestations d'assurance-chômage, interrompue par son hospitalisation (al. 20(7)b)). Cette prolongation lui est refusée par avis du 6 mai 1983:

f Lors de votre demande de prolongation de votre période de prestations, vous n'avez pas établi ainsi que l'exige l'article 20 de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage que du 23 janvier 1983 au 8 avril 1983, vous auriez été autrement admissible au bénéfice des prestations et ce, conformément à l'article 36 de la Loi qui stipule qu'un prestataire n'est pas admissible aux prestations complémentaires pour tout jour ouvrable pour lequel il ne prouve pas être capable de travailler et disponible à cette fin.

h Le conseil arbitral, devant qui l'appelant se pourvoit, confirme à l'unanimité:

i Les membres du Conseil Arbitral sont d'avis que le prestataire étant en dehors de sa période initiale ne pouvait dans sa période complémentaire recevoir des prestations de maladie, selon l'article 36 et 20(7) de la Loi.

Il faut aussi ajouter qu'il n'était plus au travail au moment de son opération mais en chômage.

j Les membres du Conseil Arbitral n'ont d'autre alternative que de maintenir la décision du fonctionnaire, et ce, à l'unanimité.

In accordance with s. 95 of the Act, the decision was appealed to an umpire, CUB-9264, who allowed appellant's claim:

First, let us emphasize that the guideline sent by the Commission to its officers does not have the force of law. The Board of Referees therefore erred when it treated it that way. The Act must always take precedence. And the Act provides that the period in subsection 20(7) is either the initial benefit period or the extended period.

In this case, the Board of Referees wrongly interpreted section 36 and subsection 20(7). It should have granted the appellant the extended period under paragraph 20(7)(b), since the evidence shows clearly that Mr. Serge Gagnon would have been entitled to an additional benefit period of 16 weeks had it not been for the surgery he had to undergo as a result of a previous work injury.

I therefore allow the claimant's appeal.

Respondent brought the matter before the Federal Court (*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28) which restored the decision of the Board of Referees. The judgment rendered by Pratte J. from the bench for the Court reads:

We are all of the opinion that the umpire based his decision on a misinterpretation of s. 20(7) of the *Unemployment Insurance Act*, 1971.

Under that provision, a claimant is only entitled to an extension of the benefit period if he proves that, for one or more weeks, he was ineligible for benefits solely for the reason that any of the circumstances mentioned in s. 20(7)(a) or (b) made him ineligible. Accordingly, a benefit period cannot be extended when the claimant would have been ineligible, as was the case with respondent, even if the grounds of ineligibility mentioned in s. 20(7)(a) and (b) had not existed.

The application will accordingly be allowed, the decision *a quo* set aside and the matter referred back to the Umpire to be decided by him on the basis that the benefit period cannot be extended in the case at bar. [Emphasis added.]

Legislation

The purpose of the Act is to compensate persons whose employment has terminated involuntarily and who are without work (*Canadian Pacific Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1986] 1 S.C.R. 678, at p. 680; *Hills v. Canada (Attorney*

Conformément à l'art. 95 de la Loi, appel est interjeté devant un juge-arbitre qui fait droit aux prétentions de l'appelant, CUB-9264:

D'abord, soulignons que la directive que la Commission a fait parvenir à ses fonctionnaires n'a pas force de loi. Le conseil arbitral a donc erré en lui attribuant ce caractère. C'est la Loi qui doit toujours primer. Quant aux dispositions de la Loi, la période visée par le paragraphe 20(7) est soit celle des prestations initiales ou soit celle des prestations complémentaires.

En l'espèce, le conseil arbitral a mal interprété l'article 36 et le paragraphe 20(7). Il aurait dû accorder à l'appelant la période de prolongation visée par l'alinéa 20(7)b) puisque la preuve démontre clairement que M. Serge Gagnon aurait eu droit à une période additionnelle de prestations de 16 semaines n'eût été de l'intervention chirurgicale qu'il a dû subir suite à un accident de travail survenu antérieurement.

Je fais donc droit à l'appel du prestataire.

L'intimée porte l'affaire devant la Cour fédérale (*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e supp.), chap. 10, art. 28) qui rétablit la décision du conseil arbitral. L'arrêt rendu à l'audience par le juge Pratte au nom de la Cour se lit:

Nous sommes tous d'avis que le juge-arbitre a fondé sa décision sur une mauvaise interprétation du paragraphe 20(7) de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*.

Suivant cette disposition un prestataire n'a droit à une prolongation d'une période de prestations que s'il établit que pendant une ou plusieurs semaines il n'avait pas droit aux prestations pour le seul motif que l'une ou l'autre des circonstances décrites aux alinéas 20(7)a) et b) le rendait inadmissible. En conséquence, une période de prestations ne peut pas être prolongée lorsque le prestataire aurait été inadmissible, comme c'était le cas de l'intimé, même si les motifs d'inadmissibilité décrits aux alinéas 20(7)a) et b) n'avaient pas existé.

La demande sera donc accueillie, la décision attaquée sera cassée et l'affaire sera retournée au juge-arbitre pour qu'il la décide en prenant pour acquis que, en l'espèce, la période de prestations ne peut pas être prolongée. [Je souligne.]

La Loi

L'objectif de la Loi est l'indemnisation des personnes dont l'emploi s'est involontairement terminé et qui se retrouvent sans travail (*Canadien Pacifique Ltée c. Procureur général du Canada*, [1986] 1 R.C.S. 678, à la p. 680; *Hills c. Canada*

General), [1988] 1 S.C.R. 513). Besides formalities of a technical nature, the Act sets out the general criteria of eligibility for unemployment insurance benefits, namely having held insurable employment (s. 3) for the required number of weeks (s. 17(3)(a)) and having had an interruption of earnings from that employment (s. 17(3)(b)). The essential condition of eligibility for unemployment insurance benefits is to be “capable of and available for work and unable to obtain suitable employment” (ss. 25(a) and 36). It should however be noted that, once the general criteria of eligibility have been met, eligibility is the rule and ineligibility the exception (*Abrahams v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 2, and *Hills v. Canada (Attorney General)*, *supra*).

Reference should be made here to certain points which are essential to understand the discussion of the issue and its outcome. The Act refers to two concepts, namely the “qualifying period” and the “benefit period”, both closely related to those of “initial benefits” and “extended benefits” which are at the heart of this case.

A “qualifying period” refers to the fifty-two weeks during which a claimant held employment before becoming unemployed (s. 18). This period determines the period of his eligibility for benefits under the Act. For example, if during those fifty-two weeks a claimant did not hold insurable employment he will not be eligible for unemployment insurance benefits. The same is true if he did not hold insurable employment for the minimum of fourteen weeks preceding his becoming unemployed (s. 17(3)(a)). A claimant who has held insurable employment for this fourteen-week minimum, like one who has held insurable employment for less than twenty weeks, will be regarded as a “minor attachment claimant” (s. 16(1)(e)), “major attachment claimant” meaning someone who has held insurable employment for twenty or more weeks before becoming unemployed (s. 16(1)(d)). Each of these classes of claimants is treated differently in certain respects, particularly as regards a claimant who is pregnant (s. 30), ill (s. 29(1)) and 65 years of age or over (s. 31). This “qualifying period” may be extended for up to fifty-two weeks for a maximum of one hundred

(*Procureur général*), [1988] 1 R.C.S. 513). La Loi précise, outre les formalités de nature technique, les critères généraux d'admissibilité aux prestations de chômage, soit d'avoir exercé un emploi assurable (art. 3) pendant le nombre requis de semaines (al. 17(3)a)) et que l'arrêt de rémunération provienne de cet emploi (al. 17(3)b)). La condition primordiale pour être admissible aux prestations de chômage est d'être «capable de travailler, disponible à cette fin et incapable d'obtenir un emploi convenable» (al. 25a) et art. 36). Il faut rappeler toutefois que, les critères généraux d'admissibilité rencontrés, l'admissibilité est la règle et l'inadmissibilité l'exception (*Abrahams c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 2, et *Hills c. Canada (Procureur général)*, précité).

Il y a lieu ici de dégager certaines données essentielles à la compréhension du débat et à la solution du litige. La Loi renvoie à deux notions, soit la «période de référence» et la «période de prestations», toutes deux intimement liées à celles de «prestations initiales» et de «prestations complémentaires» qui sont ici au cœur du débat.

Une «période de référence» se rapporte aux cinquante-deux semaines au cours desquelles le prestataire a occupé un emploi précédant sa mise en chômage (art. 18). Cette période détermine la période de son admissibilité aux bénéfices de la Loi. À titre d'exemple, si pendant ces cinquante-deux semaines, le réclamant n'a pas occupé d'emploi assurable, il ne sera pas admissible à des prestations de chômage. De même, s'il n'a pas exercé d'emploi assurable pendant le minimum de quatorze semaines précédant sa mise en chômage (al. 17(3)a)). Le prestataire qui a exercé un emploi assurable pendant ce minimum de quatorze semaines, tout comme celui qui a exercé un emploi assurable pendant moins de vingt semaines, sera tenu pour un «prestataire de la deuxième catégorie» (al. 16(1)e)), le «prestataire de la première catégorie» désignant celui qui a exercé un emploi assurable pendant vingt semaines ou plus précédant sa mise en chômage (al. 16(1)d)). L'une et l'autre de ces catégories de prestataires reçoivent un traitement différent à certains égards, notamment en ce qui a trait au prestataire en période de grossesse (art. 30), malade (par. 29(1)) et celui

and four weeks, if during the fifty-two weeks preceding unemployment the claimant, while holding insurable employment, was ill, injured, quarantined, confined, in attendance at a course of instruction or in receipt of total workmen's compensation payments for an injury (s. 18(2)).

The "benefit period" is a completely different concept from the "qualifying period". This is the period during which a claimant receives unemployment insurance benefits. The length of this period is also fifty-two weeks (s. 20(2)) but it may be extended for a maximum of an additional fifty-two weeks for a total "benefit period" not exceeding one hundred and four weeks (s. 20(9)). It is this "benefit period" which includes a period of "initial benefits" which, once exhausted, may entitle a claimant to "extended benefits", *inter alia* "by labour force attachment" (s. 34) and then "regionally" (s. 35). The "initial benefit" period is for a maximum of twenty-five weeks (s. 22(2)) except in cases of illness, injury, quarantine and pregnancy, in which the maximum is reduced to fifteen weeks (s. 22(3)). The computation of this "initial benefit" period depends on the number of weeks for which a claimant has held insurable employment during his "qualifying period".

It can be seen that, unlike the situation involving an extension of the qualifying period, which was intended only for persons who are ill, injured, quarantined, in attendance at a course of instruction, confined or receiving workmen's compensation (s. 18), different classes of recipients are eligible for an extension of their "benefit period". Though a person who is ill, injured or in quarantine and a student attending a course of instruction are not eligible for such an extension, a person receiving workmen's compensation (s. 20(7)(b)) and a person confined (s. 20(7)(a)) are eligible, just as, under certain conditions and for a specific number of weeks, are a work-sharing claimant

âgé de 65 ans (art. 31). Cette «période de référence» peut être prolongée jusqu'à concurrence de cinquante-deux semaines pour un maximum de cent quatre semaines, si durant les cinquante-deux semaines précédant sa mise en chômage, le prestataire, alors qu'il occupait un emploi assurable, a été malade, blessé, mis en quarantaine, était détenu, suivait un cours d'instruction ou recevait l'indemnité maximale prévue pour un accident du travail (par. 18(2)).

La «période de prestations» est une notion totalement différente de la «période de référence». Il s'agit de la période au cours de laquelle le prestataire recevra des prestations de chômage. La durée de cette période est aussi de cinquante-deux semaines (par. 20(2)) mais elle pourra être prolongée d'un maximum de cinquante-deux semaines additionnelles pour une «période de prestations» d'une durée totale ne dépassant pas cent quatre semaines (par. 20(9)). C'est cette «période de prestations» qui compte une période de «prestations initiales» qui, une fois épuisée, pourra donner droit à des «prestations complémentaires» entre autres «en raison de la catégorie» (art. 34) et ensuite «pour une région» (art. 35). La période de «prestations initiales» est d'un maximum de vingt-cinq semaines (par. 22(2)) sauf au cas de maladie, blessure, mise en quarantaine et grossesse où le maximum est réduit à quinze semaines (par. 22(3)). La computation de cette période de «prestations initiales» est fonction du nombre de semaines pendant lesquelles le prestataire a exercé un emploi assurable durant sa «période de référence».

On remarque que, contrairement à ce qui est le cas pour la prolongation de la période de référence qui ne visait que le malade, blessé, mis en quarantaine, étudiant en cours d'instruction, détenu et accidenté du travail (art. 18), des catégories différentes de bénéficiaires sont éligibles à la prolongation de leur «période de prestations». Alors que le malade, blessé ou mis en quarantaine et l'étudiant en cours d'instruction ne sont pas éligibles à cette prolongation, l'accidenté du travail (al. 20(7)(b)) et le détenu (al. 20(7)(a)) le sont, de même que, sous certaines conditions et pour un nombre défini de semaines, le prestataire en travail partagé (art. 37), en cours de formation (art. 39), ou le presta-

(s. 37), a claimant taking a course (s. 39) or a claimant hired in a job creation project (s. 38). Specific provision is also made for farmers (ss. 16, 42(2) and 43(3) of the *Unemployment Insurance Regulations*, C.R.C. 1978, c. 1576 as amended) and fishermen (s. 146). The Act therefore contains special provisions which favour some classes of claimants over others.

The causes of disqualification and the causes of ineligibility for benefits are also treated differently by the Act.

A claimant is disqualified for a period determined by the Commission, but not exceeding six weeks (s. 43), if he refuses or fails to apply for suitable employment, neglects to avail himself of an opportunity for employment or fails to carry out any directions given by the Commission, refuses to attend training courses or loses his employment voluntarily or by reason of misconduct (ss. 40 and 41).

A claimant will be ineligible if he is 65 years of age or over (s. 31), involved in a labour dispute (s. 44), in confinement (s. 45), out of Canada (s. 45), receiving total workmen's compensation payments (s. 29(3)), unable to present evidence of a week of unemployment (s. 21) or of his being capable of and available for work (ss. 25(a) and 36). The length of the ineligibility is not specified: it lasts as long as the cause is not corrected and the conditions of eligibility not met (ss. 27 and 29).

On these premises it is clear that a claimant who is ill, injured, quarantined (s. 25(b)) and pregnant (s. 30) will be entitled to "initial benefits" even though during this period he or she is incapable of working and not available for work, except someone receiving "total workmen's compensation payments for an . . . injury" (s. 29(3)). In this last case, s. 20(7)(b) provides for an extension of the benefit period for "the aggregate of any such weeks", the length of which shall not exceed one hundred and four weeks (s. 20(9)). Does the same hold true of a claimant receiving "extended benefits" at such time? That broadly speaking is the question before the Court. Appellant, who was hospitalized during his extended benefit period,

taire embauché dans un projet créateur d'emplois (art. 38). Les fermiers (art. 16 et les par. 42(2) et 43(3) du *Règlement sur l'assurance-chômage*, C.R.C. 1978, chap. 1576 et modifications) et les pêcheurs (art. 146) jouissent eux aussi de régimes spéciaux. La Loi crée donc des régimes particuliers qui favorisent certaines catégories de prestataires par rapport à d'autres.

Par ailleurs, la Loi traite différemment les causes d'exclusion des causes d'inadmissibilité aux prestations.

Sera exclu pour une durée déterminée par la Commission mais qui ne peut excéder six semaines (art. 43), le prestataire qui refuse un emploi convenable ou de s'y présenter, est négligent dans la poursuite d'une offre d'emploi ou dans l'exécution des directives de la Commission, refuse d'assister à des cours de formation, perd son emploi volontairement ou par suite d'inconduite (art. 40 et 41).

Sera inadmissible le prestataire âgé de 65 ans et plus (art. 31), en conflit de travail (art. 44), incarcéré (art. 45), hors du Canada (art. 45), recevant l'indemnité maximale prévue pour un accident du travail (par. 29(3)), incapable de faire la preuve d'une semaine de chômage (art. 21) ou de sa disponibilité et capacité au travail (al. 25a) et art. 36). La durée de l'inadmissibilité n'est pas définie: elle dure tant que la cause n'est pas corrigée et les conditions d'admissibilité remplies (art. 27 et 29).

Ces prémisses posées, il est acquis que le prestataire malade, blessé, mis en quarantaine (al. 25b)) et en état de grossesse (art. 30), aura droit à des «prestations initiales» même si, pendant cette période, il est incapable de travailler et non disponible à cette fin, sauf celui qui reçoit «l'indemnité maximale prévue pour un accident du travail . . .» (par. 29(3)). Dans ce dernier cas, l'al. 20(7)b) prévoit une prolongation de la période de prestations «d'un nombre équivalent de semaines» dont la durée ne devra pas dépasser cent quatre semaines (par. 20(9)). En est-il de même pour le prestataire qui reçoit à ce moment des «prestations complémentaires»? C'est *grosso modo* la question qui nous est soumise. L'appelant, en effet, hospitalisé

received total workmen's compensation payments during that period and was accordingly ineligible for unemployment insurance benefits. The difficulty lies in the fact that appellant was receiving not initial but extended benefits when he had to be hospitalized.

Arguments

Appellant relied on the provisions of s. 20(7) of the Act, while respondent argued that this section has no bearing in the case at bar in view of the provisions of s. 36 of the Act. In other words, respondent maintained that because appellant was receiving extended, not initial benefits when he was hospitalized, he is ineligible for an extension of this extended benefit period since, from the very fact of his temporary total disability, appellant was neither "capable of" nor "available for work" within the meaning of s. 36. Under this narrow interpretation, s. 20(7) applies only to the initial benefit period or, as regards extended benefits, to cases of temporary partial disability which do not render a claimant incapable of and unavailable for work. Respondent stressed that capability of and availability for work underlie the whole legislation and represent the condition *sine qua non* for entitlement to unemployment insurance benefits. Appellant, for his part, relied on the ordinary meaning of the words used in s. 20(7), which he said interpreted according to respondent's position would practically deprive them of any meaning, as well as add to the provision. Appellant further argued that s. 36 can have no application to the provisions of s. 20(7).

Analysis

It should be noted that at the time he became unemployed appellant had thirty-three weeks of insurable employment in his qualifying period and was accordingly eligible for benefits under the Act commencing on May 16, 1982, for the usual fifty-two week period, that is until May 14, 1983, provided of course that he was capable of work and unable to obtain any. Allowing for the two-

au cours de sa période de prestations complémentaires, a reçu pendant cette période l'indemnité maximale prévue pour un accident du travail et était inadmissible en conséquence à des prestations de chômage. La difficulté réside dans le fait que l'appelant recevait non pas des prestations initiales mais des prestations complémentaires au moment où il fut hospitalisé.

b Les arguments

L'appelant s'appuie sur les dispositions du par. 20(7) de la Loi alors que l'intimée prétend que cet article n'a pas d'application en l'espèce vu les dispositions de l'art. 36 de la Loi. En d'autres termes, l'intimée soutient que parce que l'appelant retirait des prestations complémentaires et non pas des prestations initiales au moment où il fut hospitalisé, il est inadmissible à la prolongation de cette période de prestations complémentaires puisque, du fait même de son incapacité totale temporaire, l'appelant n'était ni «capable de travailler» ni «disponible à cette fin» aux termes de l'art. 36. Selon cette interprétation restrictive, le par. 20(7) ne s'applique qu'à la période de prestations initiales ou, en ce qui concerne les prestations complémentaires, qu'au seul cas d'incapacité partielle temporaire qui ne prive pas le prestataire de sa capacité et disponibilité au travail. L'intimée souligne que l'aptitude et la disponibilité au travail sous-tendent toute la législation et constituent la condition *sine qua non* pour avoir droit à des prestations de chômage. L'appelant, pour sa part, s'en remet au sens courant des mots utilisés au par. 20(7) qui, selon lui, interprété comme le voudrait l'intimée, le viderait pratiquement de tout sens en plus d'ajouter au texte. L'appelant plaide, en outre, que l'art. 36 ne saurait avoir d'application aux dispositions du par. 20(7).

Analyse

Il y a lieu de préciser qu'au moment de sa mise à pied, l'appelant comptait trente-trois semaines d'emploi assurable dans sa période de référence et était en conséquence éligible aux bénéfices de la Loi à partir du 16 mai 1982 pour une durée normale de cinquante-deux semaines, soit jusqu'au 14 mai 1983, pourvu toujours qu'il soit apte au travail et incapable d'en trouver. Compte tenu des

week waiting period provided for in the Act, appellant received benefits from May 30, 1982 onwards. After receiving twenty-five weeks of "initial benefits", that is commencing November 21, 1982, appellant was found to be eligible for "extended benefits" of four weeks "by labour force attachment", that is up to December 18, 1982 (s. 34). From that date onwards, appellant was further found to be eligible to receive twenty-one weeks' additional extended benefits "regionally" (s. 35) and of which five weeks were paid to him, up to January 22, 1983, the date he was hospitalized. At that time appellant had received a total of thirty-four weeks' benefits out of a possible maximum of fifty weeks (s. 20(6)(c)), taking into account the two-week waiting period, all other circumstances remaining equal. From the date he was hospitalized until the date he recovered, appellant received "temporary total workmen's compensation payments for an . . . injury" for a period of fifteen weeks during which his unemployment insurance benefits were suspended. The benefits claimed by appellant, and which he was denied, cover this fifteen-week period equivalent to the period he was incapacitated, during which he received benefits from the C.S.S.T., that is within the period of extended benefits to which he would otherwise have been entitled had he not been hospitalized.

Both respondent Commission and the Board of Referees based their rejection of appellant's claim on the interpretation of s. 20(7) in light of s. 36. Though the Federal Court of Appeal made no reference to this and appears to have limited itself to the interpretation of s. 20(7), it is clear that in doing so it took into account the provisions of s. 36.

The fundamental premise underlying the position of respondent and of the Board of Referees is that once the initial benefit period has expired (illness during that period entitles a claimant to benefits under s. 25(b) subject to the limitation in s. 29(3) of the Act), a claimant in an extended benefit period who is ill or the victim of a work-related injury is not eligible for unemployment

deux semaines de carence prévues à la Loi, l'appellant a reçu des prestations à partir du 30 mai 1982. Après réception de vingt-cinq semaines de «prestations initiales», soit à compter du 21 novembre 1982, l'appellant est déclaré admissible à des «prestations complémentaires» de quatre semaines «en raison de la catégorie», soit jusqu'au 18 décembre 1982 (art. 34). À partir de cette date, l'appellant est déclaré admissible à toucher vingt et une semaines additionnelles de prestations complémentaires «pour la région» (art. 35), dont cinq semaines lui furent payées, soit jusqu'au 22 janvier 1983, date de son hospitalisation. L'appellant avait à ce moment reçu un total de trente-quatre semaines de prestations sur un maximum possible de cinquante semaines (al. 20(6)c)) si on tient compte des deux semaines de carence, toutes autres circonstances demeurant par ailleurs égales. À partir de la date de son hospitalisation jusqu'à son rétablissement, l'appellant a touché «sur une base temporaire l'indemnité maximale prévue pour un accident du travail» pour une période de quinze semaines pendant laquelle ses prestations de chômage ont été interrompues. Les prestations réclamées par l'appellant et qui lui ont été déniées couvrent cette période de quinze semaines équivalant à la période de son invalidité pendant laquelle il recevait des prestations de la C.S.S.T., soit à l'intérieur de la période de prestations complémentaires auxquelles il aurait eu droit s'il n'avait pas été hospitalisé.

Tant la Commission intimée que le conseil arbitral ont fondé leur rejet de la réclamation de l'appellant sur l'interprétation du par. 20(7) au regard de l'art. 36. Même si la Cour d'appel fédérale n'y fait pas allusion et semble s'en être tenue à l'interprétation du par. 20(7), il est apparent que ce faisant, elle a tenu compte des dispositions de l'art. 36.

La prémisse fondamentale qui sous-tend la position de l'intimée et du conseil arbitral est, qu'une fois la période de prestations initiales épuisée (la maladie pendant cette période donne droit à des prestations initiales selon l'al. 25b) sujet à la restriction du par. 29(3) de la Loi, un prestataire en période de prestations complémentaires, malade ou victime d'un accident du travail, est inadmissible à

insurance benefits solely because he is thereby incapable of working or not available for work, whether or not he is receiving workmen's compensation payments (s. 36). *A fortiori*, he will not be entitled to an extension of his benefit period if he is the victim of a work-related injury (s. 20(7)(b)). Despite the fact that some umpires and board of referees were of the opposite view, as is the case here and apart from the two judgments of the Federal Court of Appeal which are the subject of the appeal at bar and the related appeal heard on the same day (*Jove v. Umpire Constituted under Section 92 of the Unemployment Insurance Act, 1971*, F.C.A., No. A-1071-84, June 19, 1985), the parties referred the Court to no other decision on this issue. This Court has never been called on to decide it.

Is a claimant who is unable to work as a result of a work-related illness or injury (for which he receives workmen's compensation), and is on an extended benefit period, once he recovers and is capable of and available for work but unable to obtain suitable employment, entitled to have his unemployment insurance benefits which have been thus interrupted continued, and if applicable, his benefit period extended for this purpose by the aggregate of any such weeks, subject to the benefit period to which he would have been entitled and the maximum allowed by the Act? *Prima facie*, ss. 20(7)(b) and 36 of the Act would appear to indicate an affirmative answer.

Section 20(7)

20. ...

(7) Where a benefit period has been established in respect of a claimant and the claimant proves in such manner as the Commission may direct that for any week during that benefit period he was not entitled to initial or extended benefit for the reason that he was

(a) confined in any gaol, penitentiary or other similar institution, or

(b) in receipt of temporary total workmen's compensation payments for an illness or injury,

des prestations de chômage du seul fait qu'il soit pour cette raison incapable de travailler et non disponible à cette fin, qu'il reçoive ou non une indemnité pour un accident du travail (art. 36). À *a fortiori*, n'aura-t-il pas droit à la prolongation de sa période de prestations s'il s'agit d'une victime d'un accident du travail (al. 20(7)b)). Malgré que certains arbitres et conseil arbitral aient été d'opinion contraire comme c'est le cas dans la présente affaire, sauf les deux arrêts de la Cour d'appel fédérale qui font l'objet du présent pourvoi et du pourvoi connexe entendu le même jour (*Jove c. Juge-arbitre nommé en vertu de l'article 92 de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, C.A.F., n° A-1071-84, 19 juin 1985), les parties ne nous ont référés à aucune autre décision ou arrêt sur ce point précis. Cette Cour n'a jamais été appelée à en décider.

Un prestataire, incapable de travailler par suite d'un accident du travail ou maladie professionnelle (pour lequel il reçoit l'indemnité maximale prévue dans ces cas), alors qu'il est en période de prestations complémentaires, une fois rétabli, apte au travail, disponible à cette fin et incapable d'obtenir un emploi convenable, a-t-il droit à ce que ses prestations de chômage, ainsi interrompues, soient continuées et, s'il y a lieu, sa période de prestations prolongée à cette fin pendant un nombre équivalent de semaines, sous réserve des périodes de prestations auxquelles il aurait eu droit et au maximum permis par la Loi? *Prima facie*, l'al. 20(7)b) et l'art. 36 de la Loi semblent commander une réponse affirmative.

Le paragraphe 20(7)

h 20. ...

(7) Lorsqu'une période de prestations a été établie au profit d'un prestataire et que ce prestataire prouve de la manière que la Commission peut exiger qu'au cours d'une ou plusieurs semaines de cette période de prestations il n'avait pas droit à des prestations initiales ou complémentaires parce qu'il

a) était détenu dans une prison, un pénitencier ou autre institution de même nature, ou

b) touchait, sur une base temporaire, l'indemnité maximale prévue pour un accident du travail ou une maladie professionnelle,

that benefit period shall be extended by the aggregate of any such weeks. [Emphasis added.]

Respondent is nevertheless asking this Court to take the analysis further and to look at the provisions of the Act as a whole in order to more fully understand the context in which s. 20(7) of the Act must necessarily be read.

Section 25 lays down the rule:

25. A claimant is not entitled to be paid initial benefit for any working day in a benefit period for which he fails to prove that he was either

- (a) capable of and available for work and unable to obtain suitable employment on that day, or
- (b) incapable of work by reason of prescribed illness, injury or quarantine on that day, and that he would be otherwise available for work. [Emphasis added.]

Accordingly, even a person who is incapable of work "by reason of . . . illness" will be entitled to unemployment insurance benefits in an initial benefit period if he would otherwise have been available for work. During the period of his illness, the claimant is entitled to receive unemployment insurance benefits, subject always of course to the period of initial benefits to which he is entitled. However, he becomes ineligible if during the period of his disability he receives temporary total workmen's compensation payments "for an illness or injury":

29. . . .

(3) A claimant is not entitled to receive benefit for any day for which he receives temporary total workmen's compensation payments for an illness or injury. [Emphasis added.]

The purpose of this section is to avoid the double compensation which would otherwise result from the provisions of s. 25(b). As respondent indeed admitted, s. 29(3) makes no distinction between initial or extended benefit periods. However, like ss. 25, 29 and 36, its wording suggests a stay rather than a final termination: "for any day . . .". Section 20(7)(b) also indicates that in such a case the benefit period will be extended by the aggregate of any such weeks for a maximum duration of

cette période sera, aux fins du présent article, prolongée d'un nombre équivalent de semaines. [Je souligne.]

L'intimée nous invite néanmoins à pousser plus loin l'analyse et à tenir compte de l'ensemble des dispositions de la Loi pour en mieux saisir le contexte, contexte dans lequel doit nécessairement s'insérer le par. 20(7) de la Loi.

L'article 25 pose le principe:

25. Un prestataire n'est pas admissible au service des prestations initiales pour tout jour ouvrable d'une période de prestations pour lequel il ne peut prouver qu'il était

- a) soit capable de travailler et disponible à cette fin et incapable d'obtenir un emploi convenable ce jour-là,
- b) soit incapable de travailler ce jour-là par suite d'une maladie, blessure ou mise en quarantaine prévue par les règlements et qu'il aurait été sans cela disponible pour travailler. [Je souligne.]

Le droit à des prestations de chômage est donc acquis en période de prestations initiales même à celui qui est incapable de travailler «par suite d'une maladie . . .» si, sans cela, il eût été disponible à cette fin. Pendant la durée de sa maladie, le prestataire a le droit de recevoir des prestations de chômage, sujet toujours évidemment à la période de prestations initiales à laquelle il a droit. Il devient cependant inadmissible s'il reçoit pendant la durée de son incapacité, l'indemnité maximale pour incapacité totale temporaire «prévue pour un accident du travail ou une maladie professionnelle»:

29. . . .

(3) Un prestataire n'est pas admissible au service des prestations pour tout jour au titre duquel il touche, sur une base temporaire, l'indemnité maximale prévue pour un accident du travail ou une maladie professionnelle. [Je souligne.]

L'objectif visé par cet article est d'éviter la double indemnité qui pourrait, sans cela, résulter des dispositions de l'al. 25b). Le paragraphe 29(3), comme l'admet d'ailleurs l'intimée, ne fait aucune distinction entre les périodes de prestations initiales ou complémentaires. Sa rédaction, comme celle des art. 25, 29 et 36, laisse cependant présumer une suspension plutôt qu'un terme définitif: «pour tout jour . . .». Par ailleurs, l'al. 20(7)b) vient préciser que, dans ce cas, la période de prestations

one hundred and four weeks (s. 20(9)). However, while s. 25(b) deals with a claimant in an "initial benefit" period, s. 20(7) applies to "initial or extended" benefits. These provisions are also consistent with the provisions of ss. 34 and 35, which provide for the extension of the benefit period to the victim of a job-related accident, since these sections state that "Subsections (7), (8) and (9) of section 20 apply to the period mentioned in subsection (2) with such modifications as the circumstances require" (ss. 34(3) and 35(4)). It should be noted that ss. 34 and 35 are placed under the heading "Extended Benefit" and are concerned only with "extended benefit":

34. (1) Where a claimant has more than twenty-six weeks of insurable employment in his qualifying period and has been paid initial benefit for the maximum number of weeks set out in section 22, he may, subject to subsection (2), be paid extended benefit for each week of unemployment that falls in the remaining portion of his benefit period.

(2) Extended benefit is payable under subsection (1) in the period

(a) commencing on the Sunday of the week that immediately follows the last week for which benefit was payable to the claimant under section 22, and

(b) ending on the expiration of the number of weeks determined in accordance with Table 1 of Schedule A or on the termination of the claimant's benefit period, whichever first occurs.

(3) Subsections (7), (8) and (9) of section 20 apply to the period mentioned in subsection (2) with such modifications as the circumstances require.

35. (1) When no further benefits are payable to a claimant in a benefit period under sections 22 and 34 and the regional rate of unemployment that applies to him in the last week for which benefits were payable under those sections exceeds four per cent, he may, subject to subsection (2), be paid extended benefit for each week of unemployment that falls in the remaining portion of his benefit period.

(2) Extended benefit is payable under subsection (1) in the period

(a) commencing on the Sunday of the week that immediately follows the last week for which benefits were payable to the claimant under sections 22 and 34, and

sera prolongée d'un nombre équivalent de semaines pour une durée maximum de cent quatre semaines (par. 20(9)). Toutefois, alors que l'al. 25b) vise le prestataire en période de «prestations initiales», le par. 20(7) s'applique à des prestations «initiales ou complémentaires». Ces dispositions s'harmonisent d'ailleurs avec les dispositions des art. 34 et 35, qui prévoient la prolongation de la période de prestations en faveur d'un accidenté du travail, puisque ces articles précisent que «[l]es paragraphes (7), (8) et (9) de l'article 20 s'appliquent à la période visée au paragraphe (2), avec les aménagements de circonstances» (par. 34(3) et 35(4)). Il est à noter que les art. 34 et 35 s'insèrent au chapitre intitulé «Prestations complémentaires» et ne visent que les «prestations complémentaires»:

34. (1) Le prestataire qui a occupé un emploi assurable pendant plus de vingt-six semaines au cours de sa période de référence et qui a reçu des prestations initiales pour le nombre maximum de semaines prévu à l'article 22, peut, sous réserve du paragraphe (2), recevoir des prestations complémentaires pour chaque semaine de chômage qui tombe dans le reste de sa période de prestations.

(2) Les prestations complémentaires sont versées en vertu du paragraphe (1) pour la période

a) commençant le dimanche de la semaine qui suit la dernière semaine pour laquelle le prestataire a reçu des prestations en vertu de l'article 22; et

b) se terminant à l'expiration du nombre de semaines, déterminé conformément au tableau 1 de l'annexe A ou à l'expiration de la période de prestations du prestataire, la première de ces deux dates étant retenue.

(3) Les paragraphes (7), (8) et (9) de l'article 20 s'appliquent à la période visée au paragraphe (2), avec les aménagements de circonstances.

35. (1) Si le prestataire a reçu des prestations pour le nombre maximum de semaines prévu aux articles 22 et 34 et que le taux régional de chômage qui lui est applicable pour la dernière semaine pour laquelle des prestations étaient payables, dépasse quatre pour cent, il peut, sous réserve du paragraphe (2), recevoir des prestations complémentaires pour chaque semaine de chômage comprise dans le reste de sa période de prestations.

(2) Les prestations complémentaires sont versées en vertu du paragraphe (1) pour la période

a) commençant le dimanche de la semaine qui suit la dernière semaine pour laquelle des prestations étaient payables en vertu des articles 22 et 34; et

(b) ending, subject to subsection (3), on the expiration of the number of weeks determined in accordance with Table 2 of Schedule A or on the termination of the claimant's benefit period, whichever first occurs.

(3) The Commission may, with the approval of the Governor in Council, make regulations under which the period determined under subsection (2) may be adjusted if the regional rate of unemployment that applies to the claimant varies during that period.

(4) Subsections (7), (8) and (9) of section 20 apply to the period mentioned in subsection (2) with such modifications as the circumstances require. [Emphasis added.]

If respondent's argument that s. 20(7) applies only to the victim of a work-related accident in an initial benefit period were accepted, the phrase "extended benefit" in s. 20(7) and the reference to this section in ss. 34 and 35 would be meaningless and seldom be applied. If however the application of s. 20(7) were limited to the victim of a work-related accident in an extended benefit period, who is not totally incapacitated, that is, who is capable of and available for work despite his illness, like the example put forward by respondent, this comes up against the condition imposed by s. 20(7)(b) that the accident victim be in receipt of "temporary total workmen's compensation payments for an illness or injury" (emphasis added). If the victim of a work-related accident is receiving this total compensation, he is necessarily suffering from a total temporary disability, the kind which entitles him to total workmen's compensation payments. In this regard appellant referred the Court to the various workmen's compensation statutes in effect in all, or nearly all, the Canadian provinces. From this it is clear that total compensation is reserved for persons who are totally disabled.

I should say in passing here that the total permanent disability which gives rise to a "permanent" as opposed to "temporary" compensation could not be a basis for initial or extended benefits, as it is a case in which the claimant becomes definitively ineligible for any benefits as he is no longer on the job market. The word "temporary" is thus entirely appropriate here since it is assumed

b) se terminant, sous réserve du paragraphe (3), à l'expiration du nombre de semaines déterminé conformément au tableau 2 de l'annexe A ou à l'expiration de la période de prestations du prestataire, la première de ces dates étant retenue.

(3) La Commission peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil, établir des règlements prévoyant le rajustement de la période prévue au paragraphe (2) pour refléter les fluctuations du taux régional de chômage applicable au prestataire pendant cette période.

(4) Les paragraphes (7), (8) et (9) de l'article 20 s'appliquent à la période visée au paragraphe (2), avec les aménagements de circonstances. [Je souligne.]

Si l'on retient l'argument de l'intimée que le par. 20(7) n'a d'application qu'à une victime d'accident du travail en période de prestations initiales, l'expression «prestations complémentaires» au par. 20(7) et la référence à cet article, aux art. 34 et 35, seraient illusoire et peu susceptibles d'application. Si, par ailleurs, on restreint l'application du par. 20(7) à la victime d'un accident du travail alors en période de prestations complémentaires, non totalement invalide, c'est-à-dire capable de travailler et disponible à cette fin malgré sa maladie, selon l'exemple que nous a proposé l'intimée, on se heurte à cette condition imposée par l'al. 20(7)(b) que l'accidenté touche «sur une base temporaire, l'indemnité maximale prévue pour un accident du travail» (je souligne). Si la victime d'un accident du travail retire cette indemnité maximale, il souffre nécessairement d'une incapacité totale temporaire, soit celle qui donne droit à l'indemnité maximale prévue pour les accidents du travail. L'appelant nous a, à cet égard, référé aux diverses lois concernant les accidents du travail, en vigueur dans chacune, ou presque, des provinces du Canada. Il en ressort clairement que l'indemnité maximale est réservée aux incapacités totales.

J'ouvre ici une parenthèse pour indiquer que l'incapacité totale permanente qui se traduit par une indemnité «sur une base permanente» par opposition à «temporaire» ne pourrait donner droit à des prestations initiales ou complémentaires, s'agissant d'un cas où le prestataire deviendrait définitivement inadmissible à quelque prestation n'étant plus sur le marché du travail. La mention

that a temporarily disabled claimant will return to the job market.

The interpretation of s. 20(7)(b) to the effect that the victim of a work-related injury or illness who is temporarily receiving total workmen's compensation for an injury and so unable to work, once he has recovered and is available for work, is eligible for an extension of his unemployment benefit period, even when that disability occurs during his extended benefit period, is in keeping with the wording of s. 20(7)(b) and is consistent with the provisions of the Act as a whole, including ss. 25(b), 29(3), 34, 35 and 36, which are relevant here.

In order to adopt the Court of Appeal interpretation, one must either add to the text or interpret s. 36 as applying to s. 20(7) so as to considerably limit its scope. The Court of Appeal held that appellant had to establish that he was not entitled to benefits solely on the ground that s. 20(7) made him ineligible. If this were the case the wording of s. 20(7) should read as if the word "*uniquement*" preceded "*parce qu'il*" in the French text and "solely" preceded "for the reason" in the English text. If this addition is a consequence of s. 36, it is not in my opinion a necessary one.

Apart from s. 36 of the Act, I see nothing contrary to the interpretation of s. 20(7) suggested by appellant and I think that everything favours it: the wording, the context and the rules of construction that the legislator is deemed not to have spoken in vain and that wording should not be added to when without doing so it can be given an interpretation which is neither illogical nor clearly contrary to the legislative intent. The least that can be said is that the Act is not a model of clarity and, consequently, its interpretation is not an easy task.

Section 36

36. Notwithstanding paragraph (b) of section 25, a claimant is not entitled to be paid extended benefit for any working day for which he fails to prove that he was

«sur une base temporaire» prend donc ici tout son sens puisque le prestataire temporairement incapacité est présumé devoir retourner sur le marché du travail.

^a L'interprétation de l'al. 20(7)b qui veut que la victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle retirant temporairement l'indemnité maximale prévue dans ces cas et donc incapable de travailler soit, une fois rétablie et disponible au travail, admissible à la prolongation de sa période de prestations de chômage alors même que cette incapacité survient pendant sa période de prestations complémentaires, respecte le texte de l'al. 20(7)b et est compatible avec l'ensemble des dispositions de la Loi, dont l'al. 25b), le par. 29(3) et les art. 34, 35 et 36, ici pertinents.

^d Pour adopter l'interprétation de la Cour d'appel, il faut soit ajouter au texte, soit interpréter l'art. 36 comme s'appliquant au par. 20(7) pour en restreindre considérablement la portée. La Cour d'appel, en effet, a décidé que l'appelant devait établir qu'il n'avait pas droit aux prestations pour le seul motif que le par. 20(7) le rendait inadmissible. À cette fin le texte du par. 20(7) devrait se lire comme si le mot «uniquement» précédait «parce qu'il» dans le texte français et «solely» précédait «for the reason» dans le texte anglais. Si cet ajout est fonction de l'interprétation de l'art. 36, à mon avis, il ne s'impose pas.

^g Indépendamment de l'art. 36 de la Loi, j'estime que rien ne s'oppose à l'interprétation du par. 20(7) que nous propose l'appelant et que tout la favorise, le texte, comme le contexte et les règles d'interprétation qui veulent que le législateur ne parle pas pour ne rien dire et qu'on ne doive pas ajouter au texte lorsqu'il peut sans cela être susceptible d'une interprétation qui n'est ni absurde ni de toute évidence contraire à l'intention du législateur. Le moins qu'on puisse dire c'est que la Loi n'est pas d'une clarté éblouissante et que son interprétation n'en est pas de ce fait rendue facile.

Article 36

^j 36. Nonobstant l'alinéa b) de l'article 25, un prestataire n'est pas admissible au service des prestations complémentaires pour tout jour ouvrable pour lequel il

capable of and available for work and unable to obtain suitable employment. [Emphasis added.]

This section applies only to extended benefits. According to the interpretation given to it by respondent, a claimant must be capable of and available for work, in order to be entitled to extended benefits, and accordingly, a claimant who is completely incapable of work because of illness is not covered. Respondent is correct as long as its interpretation is restricted to the beneficiary claiming extended benefits during his illness or because of a work-related injury (or work-related illness) and therefore unavailable and unable to work. This interpretation is in accordance with a consistent line of cases (*Lebbad*, CUB-8366, and *Guglielmi*, CUB-8372). I consider, however, that respondent is wrong when extending that interpretation to include the case of a claimant suffering from a work-related injury during his period of extended benefit but who has recovered and is available and able to work before his benefit period, extended or not, expires.

Section 36 which deals with extended benefits is the equivalent of s. 25 which deals only with initial benefits. In order to receive initial benefits, the claimant must prove either that he is available for work or that he is ill. Once either case is proven, the claimant will receive benefit during his initial benefit period (s. 25), with the exception of the claimant receiving total workmen's compensation for a work-related injury (s. 29(3)) whose initial benefit period will be extended accordingly (s. 20(7)). In order to receive extended benefits, one must be available and able to work (s. 36). This section accordingly eliminates the right to extended benefits during the illness—this fact can probably explain the reference to s. 25(b) which, even if not essential or necessary, is only concerned with initial benefits and may be the result of an excess of caution, which is not uncommon on the part of the legislator.

ne prouve pas qu'il était capable de travailler et disponible à cette fin et incapable d'obtenir un emploi convenable. [Je souligne.]

a Cet article ne vise que les prestations complémentaires. Selon l'interprétation que lui donne l'intimée, pour avoir droit à des prestations complémentaires, un prestataire doit être capable de travailler et disponible à cette fin, ce qui élimine d'emblée le prestataire totalement incapable de travailler pour cause de maladie. L'intimée a raison en autant que son interprétation se limite au prestataire qui réclame des prestations complémentaires pendant qu'il est incapacité soit par *c* maladie, soit suite à un accident du travail (ou une maladie professionnelle) et de ce fait non disponible ni apte au travail. En fait, cette interprétation est conforme à une jurisprudence constante en la *d* matière (*Lebbad*, CUB-8366; *Guglielmi*, CUB-8372). Toutefois, là où j'estime que l'intimée a tort c'est lorsqu'elle donne une extension à cette interprétation pour englober le cas du prestataire victime d'un accident du travail pendant sa période *e* de prestations complémentaires, mais rétabli et redevenu disponible et apte au travail avant l'expiration de sa période de prestations, prolongée ou non.

f En matière de prestations complémentaires, l'art. 36 est le pendant de l'art. 25 qui, lui, vise uniquement les prestations initiales. Pour avoir droit à des prestations initiales, le prestataire doit *g* prouver soit disponibilité, soit maladie. Dans les deux cas, une fois cette preuve faite, le prestataire recevra des prestations pendant la durée de sa période de prestations initiales (art. 25), sauf le prestataire recevant une indemnité maximale *h* prévue dans ces cas (par. 29(3)) dont la période de prestations initiales sera prolongée d'autant (par. 20(7)). Pour avoir droit à des prestations complémentaires, il faut être disponible et apte au travail (art. 36). Cet article élimine par le fait même le *i* droit à des prestations complémentaires pendant la maladie (ce qui explique probablement la référence à l'al. 25b) qui, même si elle n'est ni essentielle ni nécessaire puisque l'al. 25b) n'a trait qu'à *j* des prestations initiales, peut s'expliquer par un excès de prudence de la part du législateur, ce qui n'est pas inusité).

Undoubtedly, if a claimant can receive its initial benefits during his sickness by exception, a fortiori will he be entitled to them after he has recovered and is able to work. The same is true concerning extended benefits which will not be payable to the claimant during his illness, but will be payable once he has recovered and is able to work for the remaining extended benefit period and, in the case of a claimant suffering from a work-related injury, for the extension of his benefit period (s. 20(7)). Sections 34 and 35, by their specific reference to s. 20(7) to which s. 36 does not refer and *a fortiori* does not prohibit, support that interpretation. It is interesting to note that s. 36.1 was found in a prior version of the Act (*An Act to amend the Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1974-75-76, c. 80, s. 13*):

36.1 Subsections (7), (8) and (9) of section 20 apply to an extended benefit period with such modifications as the circumstances require.

This provision, which was incorporated in ss. 34 and 35 when these sections were amended, became unnecessary and was therefore abrogated. It is clear that the legislator did not intend, by adopting s. 36, to nullify either s. 20(7) or ss. 34 and 35 which refer to s. 20(7). Section 20(7) relates, among other things, to a claimant who is unable to work following a work-related injury for which he receives total workmen's compensation payments provided for in such a case. In the case of ss. 36 and 29(3) (if this latter provision applies to extended benefits), given that that claimant is not eligible for extended benefits during his disability, s. 36 allows him to receive, after his recovery, extended benefits to which he is entitled pursuant to ss. 34 and 35 as long as those benefits are payable within the benefit period extended according to ss. 20(7), (8) and (9) if necessary.

The interpretation of s. 36 suggested by appellant does not violate the texts, is in harmony with the context, gives the words their full sense without adding to or taking away from that sense and permits the section to retain a meaning that would

Il est constant que si, par exception, le prestataire a droit à ses prestations initiales pendant sa maladie, à fortiori aura-t-il droit de les toucher une fois rétabli et apte au travail. De même, en ce qui concerne les prestations complémentaires, que le prestataire n'aura pas le droit de toucher pendant sa maladie cette fois, mais auxquelles il aura droit une fois rétabli et apte au travail pour la période restant à courir de ses prestations complémentaires et, dans le cas d'un accidenté du travail, pour la prolongation de sa période de référence (par. 20(7)). Les articles 34 et 35, par leur référence spécifique au par. 20(7) supportent cette interprétation de même que le texte du par. 20(7) auquel l'art. 36 ne réfère aucunement et à fortiori ne proscribit pas. Il est intéressant de noter que, dans une version antérieure de la Loi se retrouvait l'art. 36.1 (*Loi modifiant la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1974-75-76, chap. 80, art. 13*):

36.1 Les paragraphes (7), (8) et (9) de l'article 20 s'appliquent *mutatis mutandis* à une période de prolongation des prestations.

Cet article a été supprimé lors des modifications apportées aux art. 34 et 35 pour l'y incorporer, ce qui le rendait désormais inutile. Il est donc clair qu'en adoptant l'art. 36, le législateur n'entendait pas faire échec au par. 20(7) ni aux art. 34 et 35 qui font référence spécifiquement au par. 20(7). Or, le paragraphe 20(7) a trait, entre autres, au prestataire incapacité par suite d'un accident du travail pour lequel il reçoit l'indemnité maximale prévue dans ces cas. Vu l'article 36 et le par. 29(3) (si tant est que ce dernier article s'applique aux prestations complémentaires), si ce prestataire est inadmissible aux prestations complémentaires pendant son incapacité, une fois rétabli, l'art. 36 lui permet de retirer les prestations complémentaires auxquelles il a droit en vertu des art. 34 et 35 pourvu toujours que ces prestations s'inscrivent en dedans de la période de prestations, prolongée selon les par. 20(7), (8) et (9) s'il y a lieu.

L'interprétation de l'art. 36 que nous propose l'appelant ne violente pas les textes, s'harmonise avec le contexte, donne aux mots tout leur sens sans y ajouter ni y retrancher et conserve à l'article un sens dont l'interprétation de l'intimée le prive-

be lost if respondent's interpretation were to prevail. In my view, this interpretation is consistent with the intention of the legislator.

In *Jove, supra*, MacGuigan J. wrote:

I wish to add only a few words.

Apart from the authority of the *Gagnon* case, I am to this point in the argument inclined to the applicant's view, because I am not convinced that paragraph 20(7)(b) of the *Unemployment Insurance Act* would otherwise have any application to an extended benefit period, and so be left bereft of meaning.

However, constrained as I am by precedent, I must concur with my brothers.

If we now look at the intent of the legislator, it is obvious that the Act does not treat all classes of claimants equally. While capacity and availability for work are generally requirements in order to receive unemployment insurance benefits, there are many exceptions in which certain claimants will receive initial benefits even during a period of disability. The fact that the legislator did not intend to give such claimants extended benefits during the extended benefit period does not necessarily mean that the intent was to deprive them of these benefits definitively, if before the expiry of their benefit period the claimants became available for and capable of work but were unable to find employment. The phrase "for any day" contained in s. 25 as well as ss. 29 and 36 is significant in this regard. Take the case of a claimant who, either during his initial or his extended benefit period, is hospitalized for just one day. In respondent's interpretation this interruption of availability for work would not deprive him of benefits under the Act if he is in an initial benefit period, but would deprive him of them if he is in an extended benefit period, not for that day only but permanently. It seems to me that if the legislator had intended this he would have said so clearly, especially as it seems illogical in view of the general philosophy of the Act which is to compensate an unemployed worker if he is available for work, and this is the case with an ailing worker once he has recovered, always assuming that the benefit period established for that claimant is observed. There is also nothing in

rait à toutes fins pratiques. À mon avis, cette interprétation rejoint aussi l'intention du législateur.

a Dans l'arrêt *Jove*, précité, le juge MacGuigan écrit:

Je ne désire ajouter que quelques mots.

b Si ce n'était du précédent que constitue l'arrêt *Gagnon*, j'aurais tendance, à ce stade-ci de l'argumentation, à favoriser du point de vue du requérant car je ne suis pas convaincu que l'alinéa 20(7)b) de la *Loi sur l'assurance-chômage* pourrait s'appliquer de quelque autre façon à la prolongation de la période de prestations, ce qui le priverait de toute signification.

c Cependant, étant lié par le précédent, je dois me rallier à mes collègues.

d Si on tente de dégager l'intention du législateur, il est apparent que la Loi ne traite pas également toutes les catégories de prestataires. Si la capacité et la disponibilité au travail sont en général des pré-requis pour bénéficier des prestations de chômage, nombreuses sont les exceptions où certains prestataires recevront, même pendant cette incapacité, des prestations initiales. Que le législateur n'ait pas entendu étendre les bénéfices de prestations complémentaires à ces prestataires pendant la période de prestations complémentaires n'implique pas nécessairement qu'il ait entendu les en priver définitivement si, avant l'expiration de leur période de prestations, ces prestataires redeviennent disponibles et aptes au travail sans pouvoir trouver un emploi. L'expression «pour tout jour» que l'on retrouve tant aux art. 25 que 29 et 36 est significative à cet égard. Supposons le cas d'un prestataire qui, soit pendant sa période de prestations initiales ou de prestations complémentaires, est hospitalisé pour une journée seulement. Selon l'interprétation de l'intimée, cette interruption de disponibilité au travail ne le privera pas du bénéfice de la Loi s'il est en période de prestations initiales mais elle l'en privera s'il est en période de prestations complémentaires non pas pour cette journée seulement mais définitivement. Il m'apparaît que si le législateur avait voulu une telle situation, il l'aurait exprimé clairement d'autant qu'elle apparaît illogique au regard de la philosophie générale de la Loi qui est d'indemniser le travailleur en chômage s'il est disponible au tra-

the Act to indicate that the legislator, in adopting s. 36, intended such a drastic result: at least nothing in the context indicates this. On the contrary, the legislator has enacted rules that favour certain classes of workers who are temporarily and involuntarily unable to work by reason of confinement, pregnancy and illness. Returning to the example of a claimant who is unavailable for one day by reason of illness, he will continue to receive, once he has recovered and is available for work, the benefits established in his favour for the benefit period as yet unexpired. A claimant who receives total compensation for an injury also continues, once he has recovered and is available for work, to receive the benefits established in his favour for the unexpired benefit period, that period being extended by the days for which he has received this compensation, if necessary.

Additionally, my opinion is based on the provisions regarding disqualification and ineligibility which I mentioned above. I think it is illogical and not in keeping with the purpose of the Act for the legislator to have intended to deal with claimants who are disqualified from receiving benefits under the Act for, *inter alia*, having left their employment deliberately or losing it for misconduct, by depriving them of benefits for a period in the discretion of the Commission, while claimants who are temporarily and involuntarily ineligible for benefits under the Act, as in the case of the victim of a work-related injury, are deprived of benefits absolutely for that reason alone. I see no reason to interpret the provisions of s. 36 of the Act in this way. Read in the manner suggested by appellant, s. 36 is consistent with the provisions of ss. 20(7), 34 and 35 of the Act and corresponds to its purpose, which is to compensate workers involuntarily unemployed but not to penalize those temporarily but involuntarily unavailable, whether for a day, a week, a month or any other period, always assuming that the benefit period established for each claimant has not been exceeded, except for the extension of the benefit period specified for the

vail, ce qui est le cas du travailleur malade une fois rétabli, toujours en autant qu'est respectée la période de prestations établie pour ce prestataire. Rien non plus dans la Loi ne laisse supposer que le législateur en adoptant l'art. 36 ait voulu un résultat aussi drastique, à tout le moins rien dans le contexte ne l'indique. Bien au contraire, le législateur édicte des règles favorisant certaines catégories de travailleurs temporairement et involontairement indisponibles au travail pour causes de détention, grossesse et maladie. Reprenant l'exemple du prestataire non disponible pour une journée pour cause de maladie, ce dernier continuera de recevoir, une fois rétabli et apte au travail, le bénéfice des prestations établies en sa faveur pour la période de prestations lui restant à courir. Le prestataire qui reçoit l'indemnité maximale prévue pour un accident du travail continue, lui aussi, une fois rétabli et apte au travail, de recevoir le bénéfice des prestations établies en sa faveur pour la période de prestations lui restant à courir sauf que, si nécessaire, cette période sera prolongée d'autant de jours pour lesquels il aura reçu cette indemnité.

En outre, je me fonde sur les dispositions relatives aux exclusions et aux inadmissibilités auxquelles j'ai déjà fait référence. Il m'apparaîtrait illogique et non conforme à l'objectif de la Loi que le législateur ait entendu traiter les prestataires exclus des bénéfiques de la Loi pour, entre autres, avoir quitté leur emploi volontairement ou l'avoir perdu pour inconduite, en les privant des bénéfiques pour une durée laissée à la discrétion de la Commission, alors que les prestataires, inadmissibles temporairement et involontairement aux bénéfiques de la Loi, ce qui est le cas de l'accidenté du travail, en seraient privés définitivement pour cette raison uniquement. Je ne vois aucune raison d'interpréter en ce sens les dispositions de l'art. 36 de la Loi. Interprété comme nous le suggère l'appelant, l'art. 36 est compatible avec les dispositions du par. 20(7) et des art. 34 et 35, rejoint l'objectif de la Loi qui vise à indemniser le travailleur involontairement en chômage mais non à pénaliser celui qui est temporairement involontairement indisponible, fût-ce pour une journée, une semaine, un mois ou toute autre période en autant toujours que ne sera pas dépassée la période de prestations établie pour chaque prestataire, sauf pour la période de prolon-

victim of a work-related injury, which compensates for the disentitlement provided for in s. 29(3) and the purpose of which is to avoid double compensation. For the legislator to have sought to favour persons confined and victims of work-related injuries in this way is in keeping with an Act which, for reasons of legislative policy, confers more or less extensive benefits on certain classes of claimants, such as farmers, fishermen, workers in regions of high unemployment and so on. In my view, a claimant receiving total workmen's compensation payments for an injury falls into this class of claimants.

In brief, both the wording and the context, as well as the intention that emerges from the Act, support appellant's interpretation.

That is not to say that the provisions of the Act are a model of clarity! Trying to reconcile them requires an uncommon degree of dexterity, with the result that in borderline cases such as the one at bar, where two interpretations are possible, taking into account that the purpose of the Act is to compensate workers who are involuntarily unemployed, the worker must be given the benefit of the doubt (*Abrahams v. Attorney General of Canada, supra*).

For these reasons, I would set aside the judgment *a quo*, allow the appeal and restore the decision of the Umpire, the whole without costs.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Sabourin, Savard, Nadeau, Tremblay, Francœur & Associés, Baie-Comeau.

Solicitors for the respondent: Gaspard Côté and Carole Bureau, Montréal.

gation prévue ici pour l'accidenté du travail, qui vient faire échec aux dispositions du par. 29(3) et qui a pour but d'éviter la double indemnité. Que le législateur ait ainsi voulu favoriser et le détenu et l'accidenté du travail s'inscrit dans le contexte d'une Loi qui, pour des raisons de politique législative, confère des bénéfices plus ou moins étendus à certaines catégories de prestataires, tels les fermiers, les pêcheurs, les travailleurs des régions à taux de chômage élevé, etc. Le prestataire recevant l'indemnité maximale prévue pour un accident du travail me paraît faire partie de cette catégorie de prestataires.

Somme toute, tant le texte et le contexte que l'intention qui se dégage de la Loi accréditent l'interprétation de l'appelant.

Ce n'est pas pour autant dire que les dispositions de la Loi sont d'une grande limpidité! Tenter de les réconcilier les unes avec les autres constitue un exercice d'acrobatie peu commun. Si tant est qu'au cas d'ambiguïté, si tel était le cas ici, deux interprétations sont possibles, compte tenu de l'objectif de la Loi qui est d'indemniser les travailleurs involontairement sans emploi, le bénéfice du doute doit profiter au travailleur (*Abrahams c. Procureur général du Canada, précité*).

Pour ces motifs, j'infirmes le jugement *a quo*, j'accueillerais le pourvoi, et je rétablirais la décision du juge-arbitre, le tout sans dépens.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: Sabourin, Savard, Nadeau, Tremblay, Francœur & Associés, Baie-Comeau.

Procureurs de l'intimée: Gaspard Côté et Carole Bureau, Montréal.

Julian Jove Appellant

v.

The Umpire Constituted under Section 92 of the Unemployment Insurance Act, 1971 Respondent

INDEXED AS: JOVE v. CANADA (UMPIRE, UNEMPLOYMENT INSURANCE)

File No: 19564.

1988: March 4; 1988: July 28.

Present: Beetz, Estey*, McIntyre, Wilson, Le Dain, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Unemployment insurance — Extension of benefit period — Total temporary workmen's compensation received by claimant — Suspension of unemployment insurance benefits — Request for an extension of benefit period made during extended benefit period — Whether claimant entitled to an extension of the benefit period pursuant to s. 20(7)(b) notwithstanding s. 36 of the Unemployment Insurance Act, 1971.

Appellant applied for unemployment insurance and a claim was established effective April 11, 1982. He received 26 weeks of benefits ending October 23, 1982 when he obtained employment. Shortly thereafter, appellant sustained a serious injury for which he received temporary total disability benefits from the Workers' Compensation Board. These benefits were terminated June 23, 1983 when appellant was considered fit to work. His previous job had ceased to exist and, unable to find work, he requested under s. 20(7)(b) of the *Unemployment Insurance Act, 1971* the extension of his initial benefit period terminated in April 1983 to cover the period commencing June 23, 1983. Appellant's request made during the extended benefit period of a claim was denied pursuant to s. 36 of the Act. This section provided that a "claimant is not entitled to be paid extended benefit for any working day for which he fails to prove that he was capable of and available for work". A Board of Referees allowed appellant's appeal but the Board's decision was reversed by the Umpire. The Federal Court of Appeal upheld the Umpire's decision. This appeal raises the same question of law dealt

* Estey J. took no part in the judgment.

Julian Jove Appellant

c.

Le juge-arbitre nommé en vertu de l'article 92 de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage Intimé

RÉPERTORIÉ: JOVE c. CANADA (JUGE-ARBITRE, ASSURANCE-CHÔMAGE)

b

N° du greffe: 19564.

1988: 4 mars; 1988: 28 juillet.

Présents: Les juges Beetz, Estey*, McIntyre, Wilson, Le Dain, La Forest et L'Heureux-Dubé.

c

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Assurance-chômage — Prolongation de la période de prestations — Indemnité pour incapacité totale temporaire pour un accident du travail reçue par le prestataire — Interruption de la période de prestations d'assurance-chômage — Demande de prolongation de la période de prestations faite au cours de la période de prestations complémentaires — Malgré l'art. 36 de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, le prestataire a-t-il droit à une prolongation de sa période de prestations en vertu de l'art. 20(7)b)?

L'appelant a rempli une demande de prestations d'assurance-chômage qui a été acceptée le 11 avril 1982. Il a reçu des prestations pendant 26 semaines jusqu'au 23 octobre 1982 date à laquelle il a obtenu un emploi. Peu après, l'appelant a été gravement blessé et a bénéficié d'une indemnité pour incapacité totale temporaire de la Commission des accidents du travail. Cette indemnité a cessé le 23 juin 1983 alors que l'appelant est redevenu apte au travail. Son emploi précédent n'existait plus et, incapable de trouver du travail, il a demandé que, aux termes de l'al. 20(7)b) de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, sa période initiale de prestations qui s'est terminée en avril 1983 soit prolongée pour viser la période commençant le 23 juin 1983. La demande de l'appelant faite au cours de la période de prestations complémentaires a été refusée en application de l'art. 36 de la Loi. Cet article prévoit qu'un «prestataire n'est pas admissible [...] aux prestations complémentaires pour tout jour ouvrable pour lequel il ne prouve pas qu'il était capable de travailler et disponible à cette fin». Un conseil arbitral a accueilli l'appel de l'appelant, mais cette décision a été infirmée par le juge-arbitre. La Cour

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

with in *Canada (Canada Employment and Immigration Commission) v. Gagnon*, [1988] 2 S.C.R. 29.

Held: The appeal should be allowed.

In light of *Canada (Canada Employment and Immigration Commission) v. Gagnon*, *supra*, appellant is entitled to an extension of his benefit period pursuant to s. 20(7)(b) of the *Unemployment Insurance Act, 1971*.

Cases Cited

Followed: *Canada (Canada Employment and Immigration Commission) v. Gagnon*, [1988] 2 S.C.R. 29, rev'g F.C.A., No. A-1059-84, May 22, 1984.

Statutes and Regulations Cited

Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, ss. 20(7)(b) [en. 1974-75-76, c. 80, s. 5; rep. & subs. 1976-77, c. 54, s. 33], 36 [rep. & subs. 1976-77, c. 54, s. 41], 95 [rep. & subs. 1976-77, c. 54, s. 56].

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal¹, dismissing appellant's application under s. 28 of the *Federal Court Act* and affirming the decision of an umpire under the *Unemployment Insurance Act, 1971*. Appeal allowed.

Allan MacLean, for the appellant.

Mitchell R. Taylor and *Gaspard Côté, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of Beetz, McIntyre, Le Dain and La Forest JJ. was delivered by

LE DAIN J.—For the reasons given by me in *Canada (Canada Employment and Immigration Commission) v. Gagnon*, [1988] 2 S.C.R. 29, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal and the decision of the Umpire and refer the matter back to the Umpire for determination on the basis that the appellant is entitled to an extension of his benefit period pursuant to s. 20(7) of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48.

¹ F.C.A., No. A-1071-84, June 19, 1985.

d'appel fédérale a confirmé la décision du juge-arbitre. Le présent pourvoi porte sur la même question de droit que celle soulevée dans l'arrêt *Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration du Canada) c. Gagnon*, [1988] 2 R.C.S. 29.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Vu l'arrêt *Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration du Canada) c. Gagnon*, précité, l'appelant a droit à la prolongation de sa période de prestations conformément à l'al. 20(7)b) de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*.

Jurisprudence

Arrêt suivi: *Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration du Canada) c. Gagnon*, [1988] 2 R.C.S. 29, inf. C.A.F., n° A-1059-84, 22 mai 1984.

Lois et règlements cités

Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, chap. 48, art. 20(7)b) [aj. 1974-75-76, chap. 80, art. 5; abr. & rempl. 1976-77, chap. 54, art. 33], 36 [abr. & rempl. 1976-77, chap. 54, art. 41], 95 [abr. & rempl. 1976-77, chap. 54, art. 56].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale¹, qui a rejeté la demande de l'appelant fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* et qui a confirmé la décision d'un juge-arbitre aux termes de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*. Pourvoi accueilli.

Allan MacLean, pour l'appelant.

Mitchell R. Taylor et *Gaspard Côté, c.r.*, pour l'intimé.

Version française du jugement des juges Beetz, McIntyre, Le Dain et La Forest rendu par

LE JUGE LE DAIN—Pour les motifs que j'ai énoncés dans l'arrêt *Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration du Canada) c. Gagnon*, [1988] 2 R.C.S. 29, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour fédérale et la décision du juge-arbitre et de lui renvoyer l'affaire pour qu'il la règle compte tenu du fait que l'appelant a droit à une extension de sa période de prestations conformément au par. 20(7) de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, chap. 48.

¹ C.A.F., n° A-1071-84, 19 juin 1985.

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

L'HEUREUX-DUBÉ J.—This appeal concerns the same question of law raised in *Canada (Canada Employment and Immigration Commission) v. Gagnon*, [1988] 2 S.C.R. 29. Both cases were heard together and deal with the interpretation of ss. 20(7)(b) and 36 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48 as amended, which read as follows:

20. ...

(7) Where a benefit period has been established in respect of a claimant and the claimant proves in such manner as the Commission may direct that for any week during that benefit period he was not entitled to initial or extended benefit for the reason that he was

(a) confined in any gaol, penitentiary or other similar institution, or

(b) in receipt of temporary total workmen's compensation payments for an illness or injury,

that benefit period shall be extended by the aggregate of any such weeks.

36. Notwithstanding paragraph (b) of section 25, a claimant is not entitled to be paid extended benefit for any working day for which he fails to prove that he was capable of and available for work and unable to obtain suitable employment.

The facts are not contested and can be summarized as follows.

The appellant applied for Unemployment Insurance and a claim was established effective April 11, 1982. He received 26 weeks of benefits ending October 23, 1982 when he obtained employment. Shortly thereafter the appellant sustained a serious injury for which he received temporary total disability benefits from the Workers' Compensation Board. Said benefits were terminated June 23, 1983 as the appellant was fit to return to work. As there was no work to return to the appellant sought to have his insurance claim which was established in April 1982 extended to cover the period commencing June 23, 1983 pursuant to

Version française des motifs des juges Wilson et L'Heureux-Dubé rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Le présent pourvoi porte sur la même question de droit que celle soulevée dans l'arrêt *Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration du Canada) c. Gagnon*, [1988] 2 R.C.S. 29. Les deux affaires ont été entendues ensemble et visent l'interprétation de l'al. 20(7)b) et de l'art. 36 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, chap. 48 et modifications, dont voici le texte:

20. ...

(7) Lorsqu'une période de prestations a été établie au profit d'un prestataire et que ce prestataire prouve de la manière que la Commission peut exiger qu'au cours d'une ou plusieurs semaines de cette période de prestations il n'avait pas droit à des prestations initiales ou complémentaires parce qu'il

a) était détenu dans une prison, un pénitencier ou autre institution de même nature, ou

b) touchait, sur une base temporaire, l'indemnité maximale prévue pour un accident du travail ou une maladie professionnelle,

cette période sera, aux fins du présent article, prolongée d'un nombre équivalent de semaines.

36. Nonobstant l'alinéa b) de l'article 25, un prestataire n'est pas admissible au service des prestations complémentaires pour tout jour ouvrable pour lequel il ne prouve pas qu'il était capable de travailler et disponible à cette fin et incapable d'obtenir un emploi convenable.

Les faits ne sont pas contestés et peuvent être résumés de la manière suivante.

L'appellant a rempli une demande de prestations d'assurance-chômage qui a été acceptée le 11 avril 1982. Il a reçu des prestations pendant 26 semaines, soit jusqu'au 23 octobre 1982, date à laquelle il a obtenu un emploi. Peu après, l'appellant a été gravement blessé et a bénéficié d'une indemnité pour incapacité totale temporaire de la Commission des accidents du travail. Cette indemnité a cessé le 23 juin 1983 alors que l'appellant est redevenu apte au travail. Comme il s'est retrouvé sans emploi, l'appellant a demandé que sa période de prestations d'assurance-chômage déterminée en avril 1982 soit prolongée à partir du 23 juin 1983

s. 20(7)(b) of the Act. His initial request was denied on the grounds that:

- 1) On the information which has been presented with your claim for benefit you are not entitled to benefit from 5 November 1982 to 23 June 1983. Sickness benefits are payable only during the initial benefits phase of a claim. Your claim was in the extended benefit phase.
- 2) On the information which has been presented with your claim for benefit you are not entitled to benefits from 5 November 1982 to 23 June 1983. A claimant is not entitled to Unemployment benefits while in receipt of total temporary Worker's Compensation for an illness or injury.

An appeal to the Board of Referees was allowed on August 29, 1983. The pertinent part of the Board's reasons reads:

He requests an extension of his benefit period in accordance with Section 20(7) and Section 20(8) of the Act.

We are told that the Commission interprets that Section 36 overrides Section 20(7) and Section 20(8) in that as he is unable to work in his extended benefit period he is not entitled to benefits nor can his benefit period be extended.

In the opinion of the Board this is an incorrect interpretation. Section 20(7) and 20(8) is clear and concise. The intent of the Legislation is to provide extension of the benefit period in "a" benefit period. This benefit period is undefined and therefore must apply to all types of benefit period.

In our opinion Section 36 cannot override the clear intent of Section 20(7) and 20(8).

The Board is of the opinion that an extension of the benefit period must be allowed from 23 June 1983 forward, and in this case the appellant's appeal is allowed.

On a further appeal to the Umpire, CUB-9060, the appeal was allowed on June 4, 1984, on the following basis:

In other words, under Section 36, a claimant must prove that he was capable of and available for work but how can that be said of one who is sick and unable to work as was this claimant from April to June 23, 1983? Under

conformément à l'al. 20(7)b) de la Loi. Sa demande initiale a été rejetée pour le motif que:

- 1) D'après les renseignements fournis relativement à votre demande de prestations, vous n'êtes pas admissible au bénéfice des prestations du 5 novembre 1982 au 23 juin 1983. Les prestations de maladie sont payables seulement durant la phase des prestations initiales. Votre demande se trouvait dans la phase des prestations complémentaires.
- 2) D'après les renseignements fournis relativement à votre demande de prestations, vous n'êtes pas admissible au bénéfice des prestations du 5 novembre 1982 au 23 juin 1983. Un prestataire n'est pas admissible aux prestations pendant la période où il touche l'indemnité maximale prévue pour un accident du travail ou une maladie.

L'appel au conseil arbitral a été accueilli le 29 août 1983. Voici la partie pertinente des motifs du conseil:

Il demande une prolongation de sa période de prestations, conformément aux paragraphes 20(7) et 20(8) de la Loi.

Nous apprenons que la Commission considère que l'article 36 a préséance sur les paragraphes 20(7) et 20(8): si le prestataire est incapable de travailler au cours de sa période de prestations complémentaires, il n'est pas admissible au bénéfice des prestations et sa période de prestations ne peut pas être prolongée.

Le conseil pense qu'il s'agit d'une interprétation erronée. Les paragraphes 20(7) et 20(8) sont clairs et concis. Le but de la Loi est d'accorder une prolongation de la période de prestations dans «une» période de prestations. Cette période de prestations n'est pas définie et doit par conséquent s'appliquer à tous les genres de période de prestations.

Nous croyons que l'article 36 ne peut pas avoir préséance sur le but évident des paragraphes 20(7) et 20(8).

Le conseil pense qu'une prolongation de la période de prestations doit être accordée à partir du 23 juin 1983 et accueille donc le présent appel.

Un appel subséquent devant le juge-arbitre, CUB-9060, a été accueilli le 4 juin 1984 sur la base suivante:

Autrement dit, en vertu de l'article 36, un prestataire doit prouver qu'il est capable de travailler et disponible à cette fin, mais comment une personne malade et incapable de travailler, comme c'était le cas du prestataire

Section 20(7), an extension could have been granted to the claimant had he not been on compensation benefits.

The Umpire, Dubinsky J., relied on his previous decisions on the same point and found that the Board of Referees "was influenced by its heart not by its head" and in so doing had erred in law and its findings of fact were made in a "perverse or capricious manner or without regard to the material before it", which permitted him to reverse such decision in accordance with s. 95 of the Act.

An appeal to the Federal Court of Appeal was dismissed on the basis that the Court was bound by its prior decision in *Canada Employment and Immigration Commission v. Gagnon*, as Pratte J. stated on the Bench on June 19, 1985, speaking for the Court (Marceau and MacGuigan JJ.):

We do not need to hear you, Mr. Taylor.

In a judgment pronounced on May 22, 1985, in the case of *Canada [Employment and Immigration Commission] v. Gagnon*, (Court File No. A-1059-84), the Court rejected the interpretation of subsection 20(7) of the *Unemployment Insurance Act* that was proposed by Mr. MacLean in this case. We have not been persuaded that that decision was clearly wrong; we, therefore, feel that we have to follow it.

The application will be dismissed.

MacGuigan J. gave separate reasons:

I wish to add only a few words.

Apart from the authority of the *Gagnon* case, I am to this point in the argument inclined to the applicant's view, because I am not convinced that paragraph 20(7)(b) of the *Unemployment Insurance Act* would otherwise have any application to an extended benefit period, and so be left bereft of meaning.

However, constrained as I am by precedent, I must concur with my brothers.

For the reasons given in my judgment in *Canada (Canada Employment and Immigration Commission) v. Gagnon*, *supra*, rendered today, the appeal is allowed, the judgment of the Federal Court of Appeal set aside, the decision of the Board of Referees reinstated and the case remand-

entre le mois d'avril et le 23 juin 1983, peut-elle le faire? En vertu du paragraphe 20(7), une prolongation aurait pu être accordée au prestataire s'il n'avait pas touché d'indemnité pour accident de travail.

^a Le juge-arbitre Dubinsky s'est appuyé sur ses décisions antérieures concernant le même point et a conclu que le conseil arbitral «a écouté son cœur au lieu d'écouter sa tête» commettant ainsi une erreur de droit et que ses conclusions de fait ont été tirées de «façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à [sa] connaissance», pour infirmer cette décision par application de l'art. 95 de la Loi.

^c L'appel à la Cour d'appel fédérale a été rejeté le 19 juin 1985 vu son arrêt antérieur dans l'affaire *Commission de l'Emploi et de l'Immigration du Canada c. Gagnon*, comme le juge Pratte l'a mentionné à l'audience, au nom de la Cour (les juges Marceau et MacGuigan):

Nous n'avons pas besoin de vous entendre M. Taylor.

^e Dans un jugement prononcé le 22 mai 1985 dans l'affaire la *Commission [de l'emploi et de l'immigration du Canada] c. Gagnon*, (n° de greffe A-1059-84), la Cour a rejeté l'interprétation du paragraphe 20(7) de la *Loi sur l'assurance chômage* que propose M. MacLean en l'espèce. On ne nous a pas convaincus que cette décision était manifestement erronée et, par conséquent, nous nous estimons tenus de la suivre.

La demande sera rejetée.

Le juge MacGuigan a donné des motifs distincts:

^g Je ne désire ajouter que quelques mots.

^h Si ce n'était du précédent que constitue l'arrêt *Gagnon*, j'aurais tendance, à ce stade-ci de l'argumentation, à favoriser le point de vue du requérant car je ne suis pas convaincu que l'alinéa 20(7)b de la *Loi sur l'assurance chômage* pourrait s'appliquer de quelque autre façon à la prolongation de la période de prestations, ce qui le priverait de toute signification.

ⁱ Cependant, étant lié par le précédent, je dois me rallier à mes collègues.

^j Pour les motifs exposés dans l'affaire *Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration du Canada) c. Gagnon*, précitée, rendu aujourd'hui, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel fédérale est infirmé, la décision du conseil arbitral est rétablie et l'affaire est renvoyée à la Commis-

ed to the Employment and Immigration Commission for proper disposal of appellant's claim given his entitlement, the whole without costs.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Vancouver Community Legal Assistance Society, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Frank Iacobucci, b Ottawa.

sion de l'Emploi et de l'Immigration pour qu'il soit disposé de la réclamation de l'appellant en tenant compte de son admissibilité aux prestations, le tout sans dépens.

^a *Pourvoi accueilli.*

Procureurs de l'appellant: Vancouver Community Legal Assistance Society, Vancouver.

Procureur de l'intimé: Frank Iacobucci, Ottawa.

Raymond William Kowlyk *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. KOWLYK

File No.: 19849.

1987: December 11; 1988: September 1.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Break, enter and theft — Recently stolen goods — Conviction based solely on doctrine of recent possession — Legal significance to be attributed to possession of recently stolen property — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 306(1)(b).

Appellant was charged with break, enter and theft under s. 306(1)(b) of the *Criminal Code*. His brother had admitted to committing the three burglaries in question and the police had found items from the burgled houses in the house appellant shared with his brother, some in his bedroom. On entering the house with the police, appellant's brother shouted, "They got us"; appellant tried to leave by his bedroom window but was deterred by a police officer stationed outside. Appellant was convicted on an application of the doctrine of recent possession and the Court of Appeal upheld that conviction. At issue here is the legal significance to be attributed to possession of recently stolen property.

Held (Wilson J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and McIntyre, Le Dain and La Forest JJ.: The doctrine of recent possession may be succinctly stated. Upon proof of the unexplained possession of recently stolen property, the trier of fact may—but not must—draw an inference of guilt of theft or of offences incidental thereto. This inference can be drawn even if there is no other evidence connecting the accused to the more serious offence. Where the circumstances are such that a question could arise as to whether the accused was a thief or merely a possessor, it will be for the trier of fact upon a consideration of all the circumstances to decide which, if either, inference should be drawn. The doctrine will not apply when an explanation

Raymond William Kowlyk *Appellant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. KOWLYK

N° du greffe: 19849.

1987: 11 décembre; 1988: 1^{er} septembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Wilson, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Vol par effraction — Biens récemment volés — Déclaration de culpabilité fondée seulement sur la théorie de la possession de biens récemment volés — Portée à accorder en droit à la possession de biens récemment volés — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 306(1)b.

L'appellant a été accusé de vol par effraction en application de l'al. 306(1)b) du *Code criminel*. Son frère a admis avoir commis les trois cambriolages en question et les policiers ont trouvé des articles provenant des maisons ayant fait l'objet de vols dans la maison que l'appellant partageait avec son frère et certains dans sa chambre. En entrant dans la maison avec les policiers, le frère de l'appellant a crié «Ils nous ont eu»; l'appellant a tenté de s'échapper par la fenêtre de sa chambre mais s'est arrêté en apercevant un policier à l'extérieur. L'appellant a été déclaré coupable en application de la théorie de la possession de biens récemment volés et la Cour d'appel a maintenu la déclaration de culpabilité. La question en litige vise la portée à accorder en droit à la possession de biens récemment volés.

Arrêt (le juge Wilson est dissidente): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Le Dain et La Forest: La théorie de la possession de biens récemment volés peut être énoncée succinctement. Dès que la possession inexplicquée de biens récemment volés a été démontrée, le juge des faits peut—mais sans y être obligé—tirer une déduction de la culpabilité de vol ou d'infractions accessoires. Une telle déduction peut être faite même en l'absence d'un autre élément de preuve reliant l'accusé à l'infraction plus grave. Lorsque les circonstances sont telles que la question de savoir si l'accusé est un voleur ou simplement un possesseur peut être soulevée, il incombera au juge des faits après examen de toutes les circonstances de décider quelle

is offered which might reasonably be true even if the trier of fact is not satisfied of its truth.

Per Wilson J. (dissenting): Recent possession of stolen goods does not give rise to a legal presumption of guilt of theft or of break, enter and theft. Rather it constitutes a material fact from which an inference of guilt of theft can be drawn. But the strength of the inference will depend on the surrounding circumstances. If there is no other evidence connecting the accused to the theft (as opposed to mere possession), then the offence of theft is not made out against him. Recent possession does not allow a conviction for break, enter and theft where it is "quite impossible" to determine whether the accused committed theft or not. This conclusion is particularly compelling in the Canadian context where there is an offence specifically covering simple possession of stolen goods.

There is no evidence here connecting the accused to the break, enter and theft other than his possession of the stolen goods. This by itself cannot found a conviction for the more serious offence.

Cases Cited

By McIntyre J.

Considered: *R. v. Langmead* (1864), Le. & Ca. 427, 169 E.R. 1459; *R. v. Exall* (1866), 4 F. & F. 922, 176 E.R. 850; *R. v. Graham*, [1974] S.C.R. 206; *R. v. Newton*, [1977] 1 S.C.R. 399; *R. v. Nickerson* (1977), 37 C.C.C. (2d) 337; referred to: *Clement's Case* (1830), 1 Lewin 113, 168 E.R. 980; *Cockin's Case* (1836), 2 Lewin 235, 168 E.R. 1139; *R. v. Hall* (1845), 1 Cox C.C. 231; *Reference re Regina v. Coffin*, [1956] S.C.R. 191; *R. v. Lovis*; *R. v. Moncini*, [1975] 2 S.C.R. 294; *Richler v. The King*, [1939] S.C.R. 101; *Ungaro v. The King*, [1950] S.C.R. 430; *Tremblay v. La Reine*, [1969] S.C.R. 431; *R. v. Paul*, [1977] 1 S.C.R. 181; *Hewson v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 82; *R. v. Schama and Abramovitch* (1914), 11 Cr. App. R. 45; *R. v. Aves*, [1950] 2 All E.R. 330; *R. v. Loughlin* (1951), 35 Cr. App. R. 69; *R. v. Smith* (1983), 148 J.P. 215; *Russell v. R.* (1983), 32 C.R. (3d) 307.

By Wilson J. (dissenting)

R. v. Langmead (1864), Le. & Ca. 427, 169 E.R. 1459, 9 Cox C.C. 464; *Clement's Case* (1830), 1 Lewin 113, 168 E.R. 980; *R. v. Hall* (1845), 1 Cox C.C. 231; *Cockin's Case* (1836), 2 Lewin 235, 168 E.R. 1139; *R. v. Exall* (1866), 4 F. & F. 922, 176 E.R. 850; *R. v. Schama and Abramovitch* (1914), 11 Cr. App. R. 45; *Richler v. The King*, [1939] S.C.R. 101; *Ungaro v. The*

déduction, sinon les deux, devraient être tirées. La théorie ne s'appliquera pas lorsqu'on fournit une explication qui pourrait raisonnablement être vraie, même si le juge des faits n'est pas convaincu de sa véracité.

a *Le juge Wilson* (dissidente): La possession de biens récemment volés ne soulève pas une présomption juridique de culpabilité de vol ou de vol par effraction. Elle constitue plutôt un fait substantiel duquel on peut déduire la culpabilité de vol. Toutefois, la force de la déduction dépendra des circonstances de l'affaire. S'il n'y a aucune autre preuve reliant l'accusé au vol (par opposition à la simple possession), alors l'infraction de vol ne peut lui être imputée. La possession de biens récemment volés ne permet pas une déclaration de culpabilité de vol par effraction lorsqu'il est «absolument impossible» de déterminer si l'accusé a commis un vol. Cette conclusion est particulièrement inévitable dans le contexte canadien où il existe une infraction qui vise précisément la simple possession de biens volés.

d En l'espèce, il n'y a aucun élément de preuve reliant l'accusé au vol par effraction autre que sa possession des biens volés. Cet élément de preuve en lui-même ne peut justifier une déclaration de culpabilité relativement à l'infraction la plus grave.

e Jurisprudence

Citée par le juge McIntyre

Arrêts examinés: *R. v. Langmead* (1864), Le. & Ca. 427, 169 E.R. 1459; *R. v. Exall* (1866), 4 F. & F. 922, 176 E.R. 850; *R. c. Graham*, [1974] R.C.S. 206; *R. c. Newton*, [1977] 1 R.C.S. 399; *R. v. Nickerson* (1977), 37 C.C.C. (2d) 337; arrêts mentionnés: *Clement's Case* (1830), 1 Lewin 113, 168 E.R. 980; *Cockin's Case* (1836), 2 Lewin 235, 168 E.R. 1139; *R. v. Hall* (1845), 1 Cox C.C. 231; *Reference re Regina v. Coffin*, [1956] R.C.S. 191; *R. c. Lovis*; *R. c. Moncini*, [1975] 2 R.C.S. 294; *Richler v. The King*, [1939] R.C.S. 101; *Ungaro v. The King*, [1950] R.C.S. 430; *Tremblay v. La Reine*, [1969] R.C.S. 431; *R. c. Paul*, [1977] 1 R.C.S. 181; *Hewson c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 82; *R. v. Schama and Abramovitch* (1914), 11 Cr. App. R. 45; *R. v. Aves*, [1950] 2 All E.R. 330; *R. v. Loughlin* (1951), 35 Cr. App. R. 69; *R. v. Smith* (1983), 148 J.P. 215; *Russell v. R.* (1983), 32 C.R. (3d) 307.

i Citée par le juge Wilson (dissidente)

R. v. Langmead (1864), Le. & Ca. 427, 169 E.R. 1459, 9 Cox C.C. 464; *Clement's Case* (1830), 1 Lewin 113, 168 E.R. 980; *R. v. Hall* (1845), 1 Cox C.C. 231; *Cockin's Case* (1836), 2 Lewin 235, 168 E.R. 1139; *R. v. Exall* (1866), 4 F. & F. 922, 176 E.R. 850; *R. v. Schama and Abramovitch* (1914), 11 Cr. App. R. 45; *Richler v. The King*, [1939] R.C.S. 101; *Ungaro v. The*

King, [1950] S.C.R. 430; *Graham v. The Queen*, [1959] S.C.R. 652; *Tremblay v. La Reine*, [1969] S.C.R. 431; *R. v. Graham*, [1974] S.C.R. 206; *R. v. Newton*, [1977] 1 S.C.R. 399; *R. v. Nickerson* (1977), 37 C.C.C. (2d) 337.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 4(5).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 306(1)(b), 312.

Authors Cited

Delisle, Ronald Joseph. *Evidence, Principles and Problems*. Toronto: Carswells, 1984.
 McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1984.
 Phipson, Sidney Lovell. *Phipson on Evidence*, 13th ed. By John Huxley Buzzard, Richard May and M. N. Howard. London: Sweet & Maxwell, 1982.
 Stuart, Don. Annotation (1983), 32 C.R. (3d) 308.
 Wigmore, John Henry. *Wigmore on Evidence*, vol. 9, 3rd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1940.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1986), 39 Man. R. (2d) 122, 27 C.C.C. (3d) 61, [1986] 3 W.W.R. 511, dismissing an appeal from a conviction by Kroft J. Appeal dismissed, Wilson J. dissenting.

Martin D. Glazer, for the appellant.

Donald Melnyk, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and McIntyre, *g* Le Dain and La Forest JJ. was delivered by

MCINTYRE J.—I have had the advantage of reading the reasons for judgment prepared in this appeal by my colleague, Justice Wilson. She has set out the facts and the history of these proceedings in the courts of Manitoba and I need not make any detailed reference to those matters. I would observe, however, that implicit in the reasons of the trial judge is a finding of recency of possession which was specifically supported in the Court of Appeal, and the appeal proceeded upon that basis. I am unable, with the greatest deference to my colleague's views, to agree with her conclusions or with her disposition of the appeal.

King, [1950] R.C.S. 430; *Graham v. The Queen*, [1959] R.C.S. 652; *Tremblay v. La Reine*, [1969] R.C.S. 431; *R. c. Graham*, [1974] R.C.S. 206; *R. c. Newton*, [1977] 1 R.C.S. 399; *R. v. Nickerson* (1977), 37 C.C.C. (2d) 337.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d).
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 306(1)(b), 312.
Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 4(5).

Doctrine citée

Delisle, Ronald Joseph. *Evidence, Principles and Problems*. Toronto: Carswells, 1984.
 McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1984.
 Phipson, Sidney Lovell. *Phipson on Evidence*, 13th ed. By John Huxley Buzzard, Richard May and M. N. Howard. London: Sweet & Maxwell, 1982.
 Stuart, Don. Annotation (1983), 32 C.R. (3d) 308.
 Wigmore, John Henry. *Wigmore on Evidence*, vol. 9, 3rd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1940.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1986), 39 Man. R. (2d) 122, 27 C.C.C. (3d) 61, [1986] 3 W.W.R. 511, qui a rejeté l'appel de la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Kroft. Pourvoi rejeté, le juge Wilson est dissidente.

Martin D. Glazer, pour l'appellant.

Donald Melnyk, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges McIntyre, Le Dain et La Forest rendu par

LE JUGE MCINTYRE—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement rédigés en l'espèce par ma collègue le juge Wilson. Comme elle a exposé les faits et l'historique de ces procédures devant les tribunaux du Manitoba, je n'ai pas à y revenir d'une manière détaillée. Je souligne cependant que les motifs du juge du procès indiquent implicitement qu'il a conclu au caractère récent de la possession, ce que la Cour d'appel a précisément endossé et ce sur quoi le pourvoi est fondé. Toutefois, je me vois dans l'impossibilité de souscrire aux conclusions de ma collègue ou à sa décision en

The principal point of disagreement arises from her words, at p. 86:

It would appear, therefore, that in both English and Canadian law recent possession of stolen goods does not give rise to a legal presumption of guilt of theft or of break, enter and theft. Rather it constitutes a material fact from which an inference of guilt of the more serious offence can be drawn. But the strength of the inference will depend on the surrounding circumstances. This leaves open the issue as to whether such an inference can be drawn when there is no other evidence connecting the accused to the more serious offence. [Emphasis added]

It is in these last words that my difference with her views is found, for it is my view, that in both English and Canadian law the unexplained recent possession of stolen property has long been sufficient to allow a permissive, not mandatory, inference of guilt of both theft and offences incidental thereto, even in the absence of other evidence of guilt.

The roots of what has frequently been referred to as the doctrine of recent possession go back at least to the early nineteenth century. In 1830, in *Clement's Case* (1830), 1 Lewin 113, 168 E.R. 980, the rule was bluntly stated and it was held that possession of a stolen horse three days after its theft was sufficient evidence of stealing. Comments as to the need to show recency of possession before an inference of guilt may be drawn were made in *Cockin's Case* (1836), 2 Lewin 235, 168 E.R. 1139, and *R. v. Hall* (1845), 1 Cox C.C. 231. What has been noted by most writers as the most significant of the earlier cases is *R. v. Langmead* (1864), Le. & Ca. 427, 169 E.R. 1459. The accused, Langmead, was charged with two counts: (1) theft of sheep, and (2) feloniously receiving the sheep with knowledge that they had been stolen. He was convicted of the second count. Counsel for Langmead, at p. 436 Le. & Ca., 1462 E.R., in arguing that there was no evidence to support a conviction on the second count and that the jury should have been directed to acquit upon that count, conceded that recent possession unaccounted for would alone be sufficient for a conviction of theft, but it would not alone suffice in considering the question of guilt on a charge of feloniously receiving the sheep, knowing them to be stolen.

l'espèce. Le principal point de désaccord découle des termes qu'elle a utilisés à la p. 86:

Par conséquent, il semblerait qu'en droit anglais et canadien la possession de biens récemment volés ne donne pas lieu à une présomption juridique de culpabilité de vol ou de vol avec effraction. Elle constitue plutôt un fait substantiel dont il est possible de déduire la culpabilité à l'égard de l'infraction plus grave. Toutefois, la force de la déduction dépendra des circonstances de l'affaire. La question de savoir si on peut faire une telle déduction en l'absence d'un autre élément de preuve reliant l'accusé à l'infraction plus grave reste entière. [Je souligne.]

Nos divergences d'opinions découlent de ces derniers mots, car je suis d'avis que, en droit anglais et en droit canadien, la possession inexpliquée de biens récemment volés est depuis longtemps suffisante pour permettre, sans l'imposer, une déduction de culpabilité de vol et d'infractions connexes, même en l'absence d'autres preuves de culpabilité.

Les fondements de ce qui a fréquemment été appelé la théorie de la possession de biens récemment volés remontent au moins au début du dix-neuvième siècle. En 1830, dans l'affaire *Clement* (1830), 1 Lewin 113, 168 E.R. 980, la règle a été énoncée directement et on a conclu que la possession d'un cheval trois jours après qu'il a été volé constitue un élément de preuve suffisant du vol. Dans les affaires *Cockin* (1836), 2 Lewin 235, 168 E.R. 1139 et *R. v. Hall* (1845), 1 Cox C.C. 231, on a fait des observations sur la nécessité de démontrer le caractère récent de la possession avant de pouvoir en déduire la culpabilité. La plupart des auteurs ont souligné que l'arrêt *R. v. Langmead* (1864), Le. & Ca. 427, 169 E.R. 1459 est le plus important des anciens arrêts. L'accusé, Langmead, y était inculpé sous deux chefs d'accusation: (1) vol de moutons et (2) recel de moutons dont il savait qu'ils avaient été volés. Il a été déclaré coupable à l'égard du second chef d'accusation. Soutenant qu'il n'y avait aucun élément de preuve pour appuyer une déclaration de culpabilité à cet égard et que, partant, on aurait dû dire au jury de prononcer un verdict d'acquiescement, l'avocat de Langmead a admis, à la p. 436 Le. & Ca., 1462 E.R., que la possession inexpliquée de biens récemment volés serait en soi suffisante pour

This framed the issue in the case. The court unanimously affirmed the conviction, holding that unexplained recent possession was evidence either of theft or of feloniously receiving, depending on the circumstances. Pollock C.B. said, at pp. 439-40 *a* Le. & Ca., 1463-64 E.R.:

We are all satisfied that the Chairman could not have withdrawn this case from the consideration of the jury, or have directed them that there was no evidence that the prisoner had received the sheep knowing them to have been stolen. Speaking for myself, I may add that, in my opinion, the distinction taken by Mr. Carter between a charge of stealing and one of receiving, with reference to the effect of evidence of recent possession, is not the law of England. If no other person is involved in the transaction forming the subject of the inquiry, and the whole of the case against the prisoner is that he was found in the possession of the stolen property, the evidence would, no doubt, point to a case of stealing rather than a case of receiving; but in every case, except, indeed, where the possession is so recent that it is impossible for any one else to have committed the theft, it becomes a mere question for the jury whether the person found in possession of the stolen property stole it himself or received it from some one else. If, as I have said, there is no other evidence, the jury will probably consider with reason that the prisoner stole the property; but, if there is other evidence which is consistent either with his having stolen the property, or with his having received it from some one else, it will be for the jury to say which appears to them to be the more probable solution. In this case, although there is some evidence that the prisoner stole the sheep, yet the inference that he sent his boys to drive the sheep and to receive them from some one who had stolen them in connection with him appears to me the more cogent. However this may have been, we are all of opinion that there was evidence to go to the jury.

Blackburn J. said, at p. 441 Le. & Ca., 1464 E.R.:

I am of the same opinion. I do not agree with Mr. Carter in thinking that recent possession is not as vehement evidence of receiving as of stealing. When it has been shewn that property has been stolen, and has been

entraîner une déclaration de culpabilité de vol, mais qu'elle ne suffirait pas à elle seule pour statuer sur la question de culpabilité à l'égard d'une accusation de recel de moutons dont l'inculpé savait qu'ils avaient été volés. C'est ainsi que se posait la question dans cette affaire. La cour à l'unanimité a confirmé la déclaration de culpabilité, concluant que la possession inexplicquée de biens récemment volés constituait une preuve soit *b* du vol soit du recel, selon les circonstances de l'affaire. Le baron en chef Pollock a dit, aux pp. 439 et 440 Le. & Ca., 1463 et 1464 E.R.:

[TRADUCTION] Nous sommes tous convaincus que le président n'aurait pu enlever cette affaire au jury ni lui dire qu'il n'y avait pas de preuve que le détenu avait recelé les moutons alors qu'il savait qu'ils avaient été volés. Pour ma part, je suis d'avis d'ajouter que, selon moi, la distinction adoptée par M^e Carter entre une accusation de vol et celle de recel, en ce qui a trait à l'effet de la preuve de la possession de biens récemment volés, ne fait pas partie du droit d'Angleterre. Si aucune autre personne n'est mêlée à l'opération qui fait l'objet de l'enquête et que l'ensemble de la preuve contre le détenu porte qu'il a été trouvé en possession des biens volés, la preuve indiquerait sans aucun doute qu'il s'agit d'une affaire de vol plutôt que d'une affaire de recel; mais dans chaque cas, sauf, en fait, lorsque la possession est tellement récente qu'il est impossible que quelqu'un d'autre ait commis le vol, le jury doit simplement se demander si la personne trouvée en possession des biens volés les a volés elle-même ou les a reçus de quelqu'un d'autre. Comme je l'ai dit, s'il n'y a aucun autre élément de preuve, le jury considérera probablement avec raison que le détenu a volé les biens; mais s'il y a d'autres éléments de preuve qui appuient la thèse qu'il a volé les biens ou qu'il les a reçus de quelqu'un d'autre, il incombera au jury de dire ce qui lui paraît être la solution la plus probable. En l'espèce, bien qu'il y ait certains éléments de preuve selon lesquels le détenu a volé les moutons, la déduction qu'il a envoyé les garçons conduire les moutons et les prendre de quelqu'un d'autre qui les avait volés en accord avec lui, me paraît être plus convaincante. Quoi qu'il en soit, la Cour est d'avis qu'il y avait suffisamment d'éléments de preuve pour soumettre l'affaire au jury. *i*

Le juge Blackburn a dit à la p. 441 Le. & Ca., 1464 E.R.:

[TRADUCTION] Je suis du même avis. Je ne suis pas d'accord avec M^e Carter pour penser que la possession de biens récemment volés ne constitue pas un élément de preuve aussi fort pour le recel que pour le vol. Lorsqu'il

found recently after its loss in the possession of the prisoner, he is called upon to account for having it, and, on his failing to do so, the jury may very well infer that his possession was dishonest, and that he was either the thief or the receiver according to the circumstances. If he had been seen near the place where the property was kept before it was stolen, they may fairly suppose that he was the thief. If other circumstances shew that it is more probable that he was not the thief, the presumption would be that he was the receiver. The jury should not convict the prisoner of receiving, unless they are satisfied that he is not the actual thief.

It is clear, I would suggest, that *R. v. Langmead*, *supra*, stands for the proposition that the unexplained recent possession of stolen goods will permit an inference of guilt on a charge of theft, or upon a charge of receiving, and it will be for the jury or the trier of fact, on a consideration of all the circumstances, to decide which of the two offences has been shown. This principle was applied in *R. v. Exall* (1866), 4 F. & F. 922, 176 E.R. 850, a case which was followed in this respect in *Reference re Regina v. Coffin*, [1956] S.C.R. 191, and *R. v. Lovis*; *R. v. Moncini*, [1975] 2 S.C.R. 294. In *R. v. Exall*, articles stolen at night were found in possession of the accused the following morning. Pollock C.B., at pp. 924-28 F. & F., 851-53 E.R., said:

The principle is this, that if a person is found in possession of property recently stolen, and of which he can give no reasonable account, a jury are justified in coming to the conclusion that he committed the robbery.

And so it is of any crime to which the robbery was incident, or with which it was connected, as burglary, arson, or murder. For, if the possession be evidence that the person committed the robbery, and the person who committed the robbery committed the other crime, then it is evidence that the person in whose possession the property is found committed that other crime.

The law is, that if, recently after the commission of the crime, a person is found in possession of the stolen goods, that person is called up to account for the possession, that is, to give an explanation of it, which is not unreasonable or improbable. The strength of the presumption, which arises from such possession, is in proportion to the shortness of the interval which has elapsed. If the interval has been only an hour or two, not half a day, the presumption is so strong, that it almost amounts to proof; because the reasonable inference is,

est démontré que le bien a été volé, et qu'il a été trouvé peu après sa disparition en la possession du détenu, il lui incombe d'expliquer sa possession et, s'il ne le fait pas, le jury peut très bien présumer qu'il l'a obtenu malhonnêtement et qu'il était soit le voleur soit le receleur selon les circonstances. S'il a été vu près de l'endroit où le bien était gardé avant le vol, le jury peut, à bon droit, supposer qu'il était le voleur. Si d'autres circonstances démontrent qu'il est plus probable qu'il n'était pas le voleur, on pourra présumer qu'il était le receleur. Le jury ne devrait pas déclarer le détenu coupable de recel à moins d'être convaincu qu'il n'est pas en fait le voleur.

À mon avis, il est clair que l'arrêt *R. v. Langmead*, précité, signifie que la possession inexpiquée de biens récemment volés permettra de déduire la culpabilité à l'égard d'une accusation de vol ou d'une accusation de recel et il incombera au jury ou au juge des faits, après avoir examiné toutes les circonstances, de décider laquelle des deux infractions a été démontrée. Ce principe a été appliqué dans l'arrêt *R. v. Exall* (1866), 4 F. & F. 922, 176 E.R. 850, qui a été suivi à cet égard dans *Reference re Regina v. Coffin*, [1956] R.C.S. 191, et *R. c. Lovis*; *R. c. Moncini*, [1975] 2 R.C.S. 294. Dans *R. v. Exall*, les biens volés la nuit ont été trouvés en possession des accusés le matin suivant. Le baron en chef Pollock a dit aux pp. 924 à 928 F. & F., 851 à 853 E.R.:

[TRADUCTION] Le principe est que si une personne est trouvée en possession de biens récemment volés et ne peut donner de la possession une explication raisonnable, un jury peut en conclure qu'elle a commis le vol qualifié.

Et il en est ainsi de tout crime que le vol qualifié a accompagné, ou auquel ce vol qualifié est relié, comme le crime de cambriolage, d'incendie ou de meurtre. Car, si la possession est une preuve que la personne a commis le vol qualifié, et si l'auteur du vol qualifié est celui qui a commis l'autre crime, la possession est alors une preuve que la personne trouvée en possession des biens a commis cet autre crime.

En droit, si, peu de temps après la perpétration du crime, une personne est trouvée en possession des biens volés, cette personne est appelée à expliquer comment il se fait qu'elle se trouve en leur possession, c'est-à-dire, à donner une explication qui ne soit ni absurde ni improbable. La force de la présomption qui découle de cette possession est proportionnelle à la courte durée de temps qui s'est écoulé. Si l'intervalle n'a été que d'une heure ou deux et non d'une demi-journée, la présomption est si forte qu'elle équivaut presque à une preuve, parce qu'on

that the person must have stolen the property. In the ordinary affairs of life, it is not probable that the person could have got possession of the property in any other way. And juries can only judge of matters, with reference to their knowledge and experience of the ordinary affairs of life.

Thus, for instance (to put the present case), if the property were the produce of a burglary, then the possession of it, soon after the burglary, is some evidence that the person in whose possession it is found was a party to the burglary. For, at all events, he must have received it from one who was a party to it; and this is strong evidence that he was privy to it, and some evidence that he was a party to it. Whether or not he was so, must be judged of from all the other circumstances of the case.

The most frequently repeated statement of the English law on this question—which has been specifically approved in this Court in such cases as *Richler v. The King*, [1939] S.C.R. 101; *Ungaro v. The King*, [1950] S.C.R. 430; *Tremblay v. La Reine*, [1969] S.C.R. 431; *R. v. Graham*, [1974] S.C.R. 206; *R. v. Newton*, [1977] 1 S.C.R. 399; *R. v. Paul*, [1977] 1 S.C.R. 181; and *Hewson v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 82—is that of Lord Reading in *R. v. Schama and Abramovitch* (1914), 11 Cr. App. R. 45, at p. 49:

Where the prisoner is charged with receiving recently stolen property, when the prosecution has proved the possession by the prisoner, and that the goods had been recently stolen, the jury should be told that they may, not that they must, in the absence of any reasonable explanation, find the prisoner guilty. But if an explanation is given which may be true, it is for the jury to say on the whole evidence whether the accused is guilty or not; that is to say, if the jury think that the explanation may reasonably be true, though they are not convinced that it is true, the prisoner is entitled to an acquittal, because the Crown has not discharged the *onus* of proof imposed upon it of satisfying the jury beyond reasonable doubt of the prisoner's guilt. That *onus* never changes, it always rests on the prosecution. That is the law; the Court is not pronouncing new law, but is merely restating it, and it is hoped that this re-statement may be of assistance to those who preside at the trial of such cases.

A more recent case, *R. v. Aves*, [1950] 2 All E.R. 330, in the English Court of Appeal, contains a clear statement that recent unexplained possession

peut raisonnablement déduire que la personne doit avoir volé le bien. Dans le cours ordinaire de la vie, il n'est pas probable que la personne aurait pu avoir en sa possession le bien d'une autre manière. De plus, les jurés ne peuvent juger les questions qu'en se fondant sur leur connaissance et leur expérience de la vie courante.

Donc, par exemple (en l'espèce), si le bien était le produit d'un cambriolage, alors le fait de l'avoir en sa possession, peu après le cambriolage constitue un certain élément de preuve que la personne en la possession de qui il a été trouvé a participé au cambriolage. Car, de toute façon, cette dernière doit l'avoir reçu de quelqu'un qui y a participé; et il s'agit d'un élément de preuve convaincant qu'il en était au courant et un certain élément de preuve qu'il y était partie. Pour décider si c'est le cas, il faut se fonder sur les autres circonstances de l'affaire.

L'énoncé du droit anglais sur cette question qui est le plus souvent cité—qui a été approuvé de manière précise par cette Cour dans les arrêts *Richler v. The King*, [1939] R.C.S. 101, *Ungaro v. The King*, [1950] R.C.S. 430, *Tremblay v. La Reine*, [1969] R.C.S. 431, *R. c. Graham*, [1974] R.C.S. 206, *R. c. Newton*, [1977] 1 R.C.S. 399, *R. c. Paul*, [1977] 1 R.C.S. 181, et *Hewson c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 82—est celui de lord Reading dans *R. v. Schama and Abramovitch* (1914), 11 Cr. App. R. 45, à la p. 49:

[TRADUCTION] Quand l'accusé est inculpé de recel de biens récemment volés, si le ministère public a prouvé la possession par l'accusé et prouvé que les biens ont été récemment volés, il faut dire au jury qu'il peut, non pas qu'il doit, à défaut de toute explication raisonnable, déclarer l'accusé coupable. Mais s'il existe une explication qui pourrait être vraie, il appartient au jury de dire, d'après l'ensemble de la preuve, si l'accusé est coupable ou non; c'est-à-dire que si le jury croit, bien qu'il ne soit pas convaincu qu'elle l'est, l'accusé a droit à un acquittement parce que le ministère public n'a pas satisfait au fardeau qui lui incombe de convaincre le jury, hors de tout doute raisonnable, de la culpabilité de l'accusé. Ce fardeau ne se déplace jamais, il incombe toujours au ministère public. Tel est le droit. La Cour n'énonce pas un principe nouveau, elle ne fait que le formuler à nouveau et il est à espérer que cette nouvelle formulation sera utile à ceux qui ont à connaître de ce genre d'affaires.

Dans un arrêt plus récent, *R. v. Aves*, [1950] 2 All E.R. 330, la Cour d'appel d'Angleterre énonce clairement que la possession inexpiquée de biens

alone may be sufficient to raise a permissible inference of guilt. In that case, a conviction for receiving stolen goods was appealed. The question was whether the jury had been properly directed in accordance with the *Schama and Abramovitch* direction. Lord Goddard C.J. said, at p. 330:

Where the only evidence is that an accused person is in possession of property recently stolen, a jury may infer guilty knowledge (a) if he offers no explanation to account for his possession, or (b) if the jury are satisfied that the explanation he does offer is untrue. If, however, the explanation offered is one which leaves the jury in doubt whether he knew the property was stolen, they should be told that the case has not been proved, and, therefore, the verdict should be Not Guilty.

I think I might add this as an addendum to the formula above stated. If there is evidence that the prisoner was in possession of property recently stolen and also other evidence which tends to show guilty knowledge, then the judge should direct the jury in the terms which I have mentioned on the question of recent possession, and should then go on to deal with the other evidence against the prisoner which may or may not be consistent with the explanation, if any, which he has given.

Later English cases, such as *R. v. Loughlin* (1951), 35 Cr. App. R. 69 (C.A.), and *R. v. Smith* (1983), 148 J.P. 215 (C.A.), are to the same effect.

The more significant cases for our consideration here are those decided in this Court which state the law as it is in Canada, and which are consistent with the earlier cases that have developed the English law. Two of the leading cases upon this question are *R. v. Graham, supra*, and *R. v. Newton, supra*. Both of these cases dealt in great part with the question of whether the Crown, before seeking to rely on recent possession, was under an obligation to adduce evidence upon the question of whether the accused offered an explanation for his possession. It was concluded in both cases that the Crown bore no such obligation. This question does not arise here because it was conceded that no explanation was offered. The appellant

récemment volés ne peut suffire à elle seule pour entraîner une déduction acceptable de culpabilité. Il s'agissait d'un appel d'une déclaration de culpabilité de recel de biens volés. La question était de savoir si le jury avait reçu des directives appropriées conformes à la position adoptée dans l'arrêt *Schama and Abramovitch*. Le juge en chef lord Goddard a dit à la p. 330:

[TRADUCTION] Lorsque la preuve démontre seulement qu'un accusé est en possession d'un bien récemment volé, les jurés peuvent déduire qu'il a une connaissance coupable a) s'il ne donne aucune explication pour justifier sa possession ou b) si les jurés sont convaincus que l'explication qu'il donne est fausse. Toutefois, si l'explication donnée soulève un doute dans l'esprit des jurés quant à savoir si l'accusé savait que le bien avait été volé, on doit leur dire que la preuve n'a pas été faite et que, par conséquent, ils devraient rendre un verdict de non-culpabilité.

Je crois que je peux ajouter ceci à la formule énoncée précédemment. S'il y a des éléments de preuve selon lesquels le détenu était en possession d'un bien récemment volé et également d'autres éléments de preuve qui tendent à démontrer une connaissance coupable, alors le juge devrait formuler ses directives au jury comme je les ai exposées pour la question de la possession de biens récemment volés et devrait alors traiter des autres éléments de preuve à charge qui peuvent ou non être compatibles avec l'explication, s'il y a lieu, qu'il a donnée.

Les arrêts anglais ultérieurs *R. v. Loughlin* (1951), 35 Cr. App. R. 69 (C.A.), et *R. v. Smith* (1983), 148 J.P. 215 (C.A.), vont dans le même sens.

Les arrêts les plus importants que nous devons examiner en l'espèce sont ceux de cette Cour qui énoncent le droit en vigueur au Canada et qui sont compatibles avec les arrêts antérieurs qui ont élaboré le droit anglais. Deux des arrêts de principe qui portent sur cette question sont *R. c. Graham*, précité et *R. c. Newton*, précité. Ces deux arrêts traitent en grande partie de la question de savoir si le ministère public, avant de chercher à se fonder sur la possession de biens récemment volés, est tenu de présenter des éléments de preuve sur la question de savoir si l'accusé a expliqué sa possession. On a conclu dans les deux arrêts que le ministère public n'avait pas cette obligation. Cette question n'est pas soulevée en l'espèce parce qu'on

gave no evidence at his trial and the recency of the possession and the knowledge that the goods were stolen was not questioned in this Court. The sole question at issue here is whether the inference which may be drawn from the unexplained recent possession of the goods in question, standing alone, would support a conviction upon a charge of breaking, entering and theft of those articles found in possession.

Before going further, it will be worthwhile to recognize what is involved in the so-called doctrine of recent possession. It is difficult, indeed, to call it a doctrine for nothing is taught, nor can it properly be said to refer to a presumption arising from the unexplained possession of stolen property, since no necessary conclusion arises from it. Laskin J. (as he then was) (Hall J. concurring) in a concurring judgment in *R. v. Graham, supra*, said at p. 215:

The use of the term "presumption", which has been associated with the doctrine, is too broad, and the word which properly ought to be substituted is "inference". In brief, where unexplained recent possession and that the goods were stolen are established by the Crown in a prosecution for possessing stolen goods, it is proper to instruct the jury or, if none, it is proper for the trial judge to proceed on the footing that an inference of guilty knowledge, upon which, failing other evidence to the contrary, a conviction can rest, may (but, not must) be drawn against the accused.

He went on to point out that two questions, that of recency of possession and that of the contemporaneity of any explanation, must be disposed of before the inference may properly be drawn. He made it clear that no adverse inference could be drawn against an accused from the fact of possession alone unless it were recent, and that if a pre-trial explanation of such possession were given by the accused and if it possessed that degree of contemporaneity making evidence of it admissible, no adverse inference could be drawn on the basis of the recent possession alone if the explanation

a admis qu'il n'y avait pas eu d'explication. L'appelant n'a pas témoigné à son procès et le caractère récent de la possession et la connaissance du fait que les biens avaient été volés n'ont pas été contestés devant cette Cour. La seule question soulevée en l'espèce est de savoir si la déduction qui peut être tirée de la possession des biens récemment volés en l'espèce, prise de façon isolée, appuierait une déclaration de culpabilité relativement à l'accusation de vol avec effraction des articles trouvés en la possession de l'accusé.

Avant d'ajouter autre chose, il sera utile de reconnaître ce qui est visé par ce qu'on appelle la théorie de la possession de biens récemment volés. En fait, il est difficile de dire qu'il s'agit d'une théorie car on n'y enseigne rien et on ne peut, à bon droit, dire qu'elle vise une présomption qui découle de la possession inexplicquée de biens volés, étant donné qu'aucune conclusion n'en découle nécessairement. Le juge Laskin (plus tard Juge en chef) (avec l'appui du juge Hall) dans des motifs concordants dans l'arrêt *R. c. Graham*, précité, a dit à la p. 215:

L'emploi du terme «présomption», qu'on associe à cette doctrine, est trop général et c'est le terme «déduction» qu'il conviendrait d'employer. Bref, lors d'une accusation de possession de biens volés où le ministère public a établi qu'il y avait possession récente et inexplicquée et que les biens avaient été volés, il convient de dire au jury de partir, comme il convient que fasse le juge de première instance lorsqu'il n'y a pas de jury, de la prémisse qu'il est possible (mais non nécessaire) de déduire, à l'encontre de l'accusé qu'il y a eu de sa part une connaissance coupable laquelle, à défaut d'élément de preuve contraire, peut justifier une déclaration de culpabilité.

Il a ensuite souligné qu'il faut régler deux questions, celle du caractère récent de la possession et celle de la contemporanéité de l'explication, avant que la déduction puisse être faite à bon droit. Il a dit clairement qu'aucune déduction défavorable ne peut être tirée contre un accusé uniquement du fait de la possession de biens à moins qu'ils ne soient récemment volés et si l'accusé a fait, avant son procès, une déclaration pour expliquer la possession et si elle possédait ce degré de contemporanéité rendant admissible l'élément de preuve, aucune déduction défavorable ne pourrait être

were one which could reasonably be true. Implicit in Laskin J.'s words that recent possession alone will not justify an inference of guilt, where a contemporaneous explanation has been offered, is the proposition that in the absence of such explanation recent possession alone is quite sufficient to raise a factual inference of theft.

Four years later, this Court decided the case of *R. v. Newton*, *supra*. At issue in that case was whether a jury instruction with respect to the law of recent possession with its allusion to unexplained possession would constitute a comment on the failure of an accused to testify, contrary to s. 4(5) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10. This contention was rejected and that argument was not advanced in this Court. At pp. 401-2, Dickson J. (as he then was), with whom Laskin C.J. joined, in a judgment concurring in the result, said:

The short question in this appeal is whether the Crown is obliged to adduce evidence of any explanation given by the accused, or absence of explanation, before relying on what has come to be called the "doctrine of recent possession". It has generally been understood that all the Crown need establish in the first instance is that the goods were recently stolen and that they were found in the possession of the accused. Then the jury must be told that they may, not that they must, in the absence of any reasonable explanation, find the accused guilty. In the instant case, the trial judge refused so to instruct the jury being of the view that it was incumbent upon the Crown to adduce evidence as to whether or not the accused had offered any explanation for his possession of the stolen goods. With respect, the judge erred.

There is no duty upon the Crown to lead negative evidence in these circumstances.

Of even greater significance for the case at bar is the judgment of Ritchie J. (Martland and de Grandpré JJ. concurring; Martland, Judson, Spence, Pigeon and Beetz JJ. concurring in a separate judgment). He said that the proper

tirée sur le seul fondement de la possession de biens récemment volés si l'explication peut raisonnablement être vraie. Il ressort implicitement de l'analyse du juge Laskin, selon laquelle la possession de biens récemment volés ne justifierait pas à elle seule une déduction de culpabilité lorsqu'une explication considérée comme contemporaine a été donnée, que, en l'absence d'une telle explication, la possession de biens récemment volés est à elle seule tout à fait suffisante pour entraîner une déduction de vol fondée sur les faits.

Quatre ans plus tard, cette Cour a rendu l'arrêt *R. c. Newton*, précité. Cet arrêt visait à déterminer si une directive au jury sur le droit relatif à la possession de biens récemment volés qui faisait allusion à une possession inexpliquée constituerait un commentaire sur l'abstention de l'accusé de témoigner, contrairement au par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10. Cet argument a été rejeté et n'a pas été présenté devant cette Cour. Aux pages 401 et 402, le juge Dickson (maintenant Juge en chef), avec l'appui du juge en chef Laskin dans des motifs concordants quant au résultat, a dit:

La question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si le ministère public est obligé de prouver l'existence ou l'inexistence d'une explication par l'accusé avant de pouvoir invoquer ce qu'on est convenu d'appeler la «doctrine de la possession de biens récemment volés». Il est généralement reconnu que tout ce que le ministère public doit établir dans un premier temps est que les biens ont été récemment volés et qu'on les a trouvés en la possession de l'accusé. Il faut ensuite dire au jury qu'il peut, non pas qu'il doit, déclarer l'accusé coupable. En l'espèce, le juge de première instance a refusé de donner ces directives au jury, étant d'avis qu'il incombe au ministère public de prouver si l'accusé a fourni une explication quelconque du fait qu'il était en possession de biens volés. En toute déférence, je suis d'avis que le juge s'est trompé.

Dans ces circonstances, le ministère public n'est pas obligé de faire la preuve de l'inexistence d'une explication.

Le jugement du juge Ritchie (avec l'appui des juges Martland et de Grandpré et avec l'appui des juges Martland, Judson, Spence, Pigeon et Beetz dans des motifs distincts) est encore plus important pour l'espèce. Il y dit que la directive qu'il

instruction to a jury in recent possession cases is that described by Lord Reading in *R. v. Schama and Abramovitch*, *supra*, which, as has been noted, has been approved in many judgments in this Court. He went on to say that evidence of unexplained recent possession, standing alone, raises a *prima facie* case upon which the trier of fact is entitled to bring in a verdict of guilty, on the facts before him, of breaking, entering and theft. He said, at p. 405:

This statement has come to be referred to by text writers and by many judges as the statement of a "principle" or a "doctrine", but I prefer to think of it in terms of a rule of evidence as to which all judges should charge a jury. The rule has been variously stated in different cases, but in my view the essence of the matter is that in a case such as the present one where it has been established that the accused was in possession of recently stolen goods and where no explanation whatever has been advanced, the jury should be instructed that the evidence of such possession standing alone raises a *prima facie* case upon which they are entitled to bring in a verdict of guilty. [Emphasis added.]

While in *R. v. Newton*, *supra*, the Court was not called upon to decide the issue of whether recent possession by itself, in the absence of other circumstances which would connect an accused to the theft, could justify a finding of guilt, the words of Ritchie J. above would surely decide the present appeal in favour of the Crown. This is particularly true when it is considered that no other case in Canadian or English law suggests that some other evidence must be present to connect an accused to the crime before an inference of guilt becomes permissible. In my view, the authorities deny that any additional evidence, apart from that of unexplained recent possession of stolen goods, is necessary to permit an inference of guilt.

Two recent appellate decisions are of interest. In *R. v. Nickerson* (1977), 37 C.C.C. (2d) 337 (N.S.C.A.), an accused charged with breaking and entering and theft under s. 306(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 was found in possession of cigarettes stolen from the trailer

convenait de donner à un jury dans les affaires de possession de biens récemment volés est celle qui est décrite par lord Reading dans *R. v. Schama and Abramovitch*, précité, qui, comme je l'ai mentionné, a été approuvée dans un grand nombre d'arrêtés de cette Cour. Il a ensuite dit que la preuve de la possession inexpliquée de biens récemment volés constitue à elle seule une preuve *prima facie* permettant au juge des faits de rendre un verdict de culpabilité de vol avec effraction, d'après les faits soumis. Il a dit à la p. 405:

Les auteurs et un grand nombre de juges en sont venus à désigner cela comme énoncé de «principe» ou de «doctrine», mais, quant à moi, j'y vois plutôt une règle de preuve sur laquelle tous les juges doivent donner des directives au jury. La règle a été formulée de façon différente dans divers arrêtés, mais, à mon avis, elle porte essentiellement que dans une affaire comme celle-ci, où il a été établi que l'accusé était en possession de biens récemment volés et où aucune explication quelconque n'a été fournie, on doit donner au jury des directives portant que le seul fait de cette possession constitue une preuve *prima facie* sur laquelle le jury est fondé à déclarer l'accusé coupable. [Je souligne.]

Bien que dans l'arrêt *R. c. Newton*, précité, on n'ait pas demandé à la Cour de trancher la question de savoir si la possession de biens récemment volés en elle-même, en l'absence de toute autre circonstance qui relierait un accusé au vol, pouvait justifier une conclusion de culpabilité, le passage précité du juge Ritchie accorderait certainement gain de cause au ministère public en l'espèce. C'est particulièrement vrai si l'on considère qu'aucun autre arrêt en droit canadien ou anglais ne laisse entendre qu'il doit y avoir un autre élément de preuve pour relier l'accusé au crime avant que l'on puisse déduire la culpabilité. À mon avis, la jurisprudence et la théorie n'admettent pas qu'un élément de preuve supplémentaire, outre celui de la possession inexpliquée de biens récemment volés, soit nécessaire pour permettre une déduction de culpabilité.

Deux arrêtés récents de tribunaux d'appel sont intéressants. Dans *R. v. Nickerson* (1977), 37 C.C.C. (2d) 337 (C.A.N.-É.), un accusé inculpé de vol avec effraction aux termes de l'al. 306(1)(b) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34 a été trouvé en possession de cigarettes qui avaient été

which had been entered. He offered an explanation which was disbelieved by the trial judge and he was convicted on the basis of the recent possession. His appeal was dismissed. Macdonald J.A., giving judgment for the Court, after commenting on certain authorities, said, at p. 343:

On the authority of the *Langmead* case it is, in my opinion, initially for the jury, or for the trial Judge if there is no jury, on an overview of all the circumstances to say whether the presumption arising from the recent possession of stolen goods supports a charge of stealing, robbery, break, enter and theft, etc., or only of possession of stolen goods.

At page 344, he recognized that the inference to be drawn from recent possession is only permissive, saying:

Even when the presumption that arises from the recent possession of stolen goods can be used the Crown is still left with the ultimate or general burden of proving its case beyond a reasonable doubt. The rule being that a Court *may not must* convict in the absence of any explanation.

and later,

By way of reiteration the principle that I glean from the authorities to which I have referred is that unexplained possession of recently stolen goods is evidence that may, depending on all the circumstances of any given case, establish the commission of any offence by which such were illegally obtained.

It is suggested that the implication to be drawn from this case, stemming from the use by Macdonald J.A. of the words, "depending on all the circumstances of any given case", is that unexplained recent possession alone is insufficient to support a guilty verdict. I would reject this view on the basis that it is contrary to the authorities which I have considered. There must, of course, be evidence that the goods were stolen and, where relevant, that a break-in occurred. There must also be evidence of possession, of recency of possession, and evidence of the identity of the goods, all of which are present in the case at bar. There may be, and frequently will be, other evidence which

volées dans la roulotte où l'introduction par effraction avait été perpétrée. Il a donné une explication qui a été écartée par le juge du procès et il a été déclaré coupable sur le fondement de la possession de biens récemment volés. Son appel a été rejeté. Le juge Macdonald, qui a rendu le jugement au nom de la Cour, après avoir commenté la théorie et la jurisprudence, a dit à la p. 343:

[TRADUCTION] Selon la jurisprudence établie par l'arrêt *Langmead*, j'estime qu'il incombe d'abord au jury ou au juge du procès s'il n'y a pas de jury, après avoir considéré toutes les circonstances, de dire si la présomption qui découle de la possession de biens récemment volés justifie une accusation de vol, de vol qualifié, de vol avec effraction, etc., ou seulement une accusation de possession de biens volés.

À la page 344, il a reconnu que la déduction qui doit être tirée de la possession de biens récemment volés est seulement facultative, en disant:

[TRADUCTION] Même si la présomption qui découle de la possession de biens récemment volés peut être utilisée par le ministère public, celui-ci est toujours assujéti au fardeau ultime et général de faire sa preuve hors de tout doute raisonnable. La règle précise qu'un tribunal *peut* et non *doit* rendre une déclaration de culpabilité en l'absence de toute explication.

et plus loin,

[TRADUCTION] À nouveau, le principe que je tire de la jurisprudence que j'ai mentionnée porte que la possession inexpliquée de biens récemment volés constitue un élément de preuve qui peut, selon toutes les circonstances d'une affaire en particulier, établir la perpétration d'une infraction par laquelle ces biens ont été obtenus de façon illégale.

On laisse entendre que la déduction à tirer de cette affaire, vu l'utilisation par le juge Macdonald des termes «selon toutes les circonstances d'une affaire en particulier», est que la possession inexpliquée de biens récemment volés n'est pas suffisante à elle seule pour justifier un verdict de culpabilité. Je suis d'avis de rejeter cette opinion sur le fondement qu'elle est contraire à la jurisprudence que j'ai examinée. Évidemment, il doit y avoir des éléments de preuve indiquant que les biens ont été volés et, lorsque cela est pertinent, qu'il y a eu introduction par effraction. Il doit également y avoir une preuve de la possession, du caractère récent de la possession et une preuve de l'identité

may be relevant on the issue of guilt or innocence that must be considered by the jury, but where the unexplained recent possession is found, it alone allows—but does not make mandatory—a finding of guilt. In *Russell v. R.* (1983), 32 C.R. (3d) 307, the Nova Scotia Court of Appeal considered the question of whether the application of the doctrine of recent possession infringed the right to the presumption of innocence, under s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. This issue was not raised in this Court. The case has relevance to this case, however, because of the explanation of the nature of the inference given by Jones J.A., speaking for the Court, after reviewing many of the authorities mentioned in this judgment, he said, at p. 316:

These decisions make it abundantly clear that the inference arising from the unexplained possession of stolen goods is simply one of fact and does not alter the fundamental burden of proof on the Crown to establish guilt of the accused beyond a reasonable doubt. Viewed in that light the inference does not offend the presumption of innocence under the Charter of Rights and Freedoms.

Of interest is an annotation to this case by Don Stuart, appearing at p. 308 of the report.

On the basis of the Canadian authorities referred to above, I am of the view that it is clearly established in Canadian law that the unexplained recent possession of stolen goods, standing alone, will permit the inference that the possessor stole the goods. The inference is not mandatory; it may but need not be drawn. Further, where an explanation is offered for such possession which could reasonably be true, no inference of guilt on the basis of recent possession alone may be drawn, even where the trier of fact is not satisfied of the truth of the explanation. The burden of proof of guilt remains upon the Crown, and to obtain a conviction in the face of such an explanation it

des biens; or toutes ces preuves sont présentes en l'espèce. Il peut y avoir, et ce sera souvent le cas, d'autres éléments de preuve qui peuvent être pertinents relativement à la question de la culpabilité ou de l'innocence qui devront être examinés par le jury, mais lorsqu'on conclut qu'il y a possession inexpiquée de biens récemment volés, cet élément seul permet d'arriver à une conclusion de culpabilité, sans toutefois l'imposer. Dans l'arrêt *Russell v. R.* (1983), 32 C.R. (3d) 307, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a examiné la question de savoir si l'application de la théorie de la possession de biens récemment volés portait atteinte au droit à la présomption d'innocence que garantit l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cette question n'a pas été soulevée devant cette Cour. Toutefois, l'arrêt est pertinent en l'espèce en raison de l'explication de la nature de la déduction donnée au nom de la Cour par le juge Jones qui, après avoir examiné une grande partie de la jurisprudence mentionnée en l'espèce, a dit, à la p. 316:

[TRADUCTION] Il ressort clairement de ces décisions que la déduction qui découle de la possession inexpiquée de biens volés vise simplement les faits et ne modifie pas le fardeau fondamental de la preuve qui incombe au ministère public de démontrer la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. Si on la considère ainsi, la déduction ne porte pas atteinte à la présomption d'innocence que garantit la Charte des droits et libertés.

Il est intéressant de souligner le commentaire de Don Stuart à l'égard de cet arrêt, qui se trouve à la p. 308 du recueil.

Sur le fondement de la jurisprudence canadienne mentionnée précédemment, je suis d'avis qu'il est clairement établi en droit canadien que la possession inexpiquée de biens récemment volés permettra à elle seule de déduire que le possesseur a volé les biens. La déduction n'est pas obligatoire; elle peut être tirée, mais ne l'est pas nécessairement. En outre, lorsqu'on fournit une explication de cette possession qui pourrait raisonnablement être vraie, le juge des faits ne peut tirer aucune déduction de culpabilité sur le fondement de la seule possession de biens récemment volés, même s'il n'est pas convaincu de la véracité de l'explication. Le fardeau de la preuve de la culpabilité incombe au ministère public qui, pour obtenir une déclaration de culpabilité face à une telle explica-

must establish by other evidence the guilt of the accused beyond a reasonable doubt.

The question which arises here is whether the unexplained recent possession of stolen goods, standing alone, will also warrant an inference of guilt of breaking and entering and theft of the goods under s. 306(1)(b) of the *Criminal Code*. It is my view that this question must be answered in favour of the Crown. This point was reviewed in this Court in *R. v. Lovis*; *R. v. Moncini*, *supra*. In that case, the accused were charged with two offences: robbery, and possession of a stolen automobile. In the automobile at the time of its theft were certain articles of personal property which were found in the possession of the accused after the robbery had taken place and the car had been used as the get-away vehicle. Martland J.A., speaking for a unanimous full Court, dealt with this question commencing at p. 303. He quoted from *Reference re Regina v. Coffin*, *supra*, and, as well, the words of Pollock C.B. in the early English case of *R. v. Exall*, *supra*, at pp. 924-27 F. & F., 851-52 E.R., quoted above, which were specifically approved in *Coffin*, *supra*, by Kellock, Rand and Fauteux JJ., and supported by Kerwin and Taschereau JJ. in a separate concurring judgment. Martland J. said, at p. 305:

In the light of these statements as to what may be the effect of recent possession of stolen articles, not only in relation to a theft of the articles themselves, but also in relation to the evidence as to the commission of another crime, I do not think that it is a valid ground for upsetting the jury verdict because the trial judge may have stressed the requirements of s. 3(4) for establishing possession of the four articles to which he referred. Here, as in the *Coffin* reference, a rule relating to possession of certain articles is used to link the accused to pieces of evidence in respect of a crime in which their possession is not, otherwise, a material element.

In addition, see, as well, *R. v. Langmead*, *supra*, and *R. v. Nickerson*, *supra*.

I now turn to the case at bar. The trial judge was fully aware of the problem before him. After some preliminary comments on the credibility of the appellant's brother, he said:

tion doit démontrer par une autre preuve la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable.

La question qui est soulevée en l'espèce est de savoir si la possession inexpliquée des biens récemment volés justifierait également à elle seule une déduction de culpabilité de vol avec effraction aux termes de l'al. 306(1)(b) du *Code criminel*. Je suis d'avis qu'il convient de répondre à cette question en faveur du ministère public. Ce point a été examiné par cette Cour dans l'arrêt *R. c. Lovis*; *R. c. Moncini*, précité. Les accusés étaient inculpés de deux infractions: vol qualifié et possession d'une automobile volée. Certains articles personnels se trouvant à l'intérieur de l'automobile lorsqu'elle a été volée ont été trouvés en la possession des accusés après le vol qualifié et la voiture avait été utilisée pour fuir. Le juge Martland, parlant au nom de la Cour à l'unanimité et siégeant au complet, a traité de cette question à partir de la p. 303. Il s'est référé à *Reference re Regina v. Coffin*, précité, ainsi qu'aux termes du baron en chef Pollock dans l'arrêt anglais ancien *R. v. Exall*, précité, aux pp. 924 à 927 F. & F., 851 et 852 E.R., cités précédemment, qui ont été précisément approuvés dans l'arrêt *Coffin*, précité, par les juges Kellock, Rand et Fauteux et appuyés par les juges Kerwin et Taschereau dans des motifs distincts concordants. Le juge Martland a dit à la p. 305:

À la lumière de ces énoncés sur ce que peut être l'effet de la possession récente d'articles volés, non seulement en relation avec un vol des articles eux-mêmes, mais aussi en relation avec la preuve concernant la perpétration d'un autre crime, je ne crois pas que soit un motif valable de renverser la décision du jury le fait que le juge de première instance peut avoir insisté sur les exigences de l'art. 3, par. (4), quant à l'établissement de la possession des quatre articles qu'il a mentionnés. En l'espèce, tout comme dans le renvoi *Coffin*, on a recours à une règle relative à la possession de certains articles pour relier les accusés à des morceaux de preuve relativement à un crime ou leur possession n'est pas, autrement, un élément important.

De plus, voir également les arrêts *R. v. Langmead*, précité, et *R. v. Nickerson*, précité.

Je reviens maintenant à l'espèce. Le juge du procès connaissait bien le problème qui lui était présenté. Après certaines observations préliminaires sur la crédibilité du frère de l'appelant, il a dit:

Obviously, to make any conviction, I must be satisfied beyond a reasonable doubt on all of the evidence taken together. In this case I think there's no dispute that it stands or falls on the application of the Doctrine of Recent Possession, there being no direct evidence connecting this accused to the break and entries in question.

He then proceeded to make a finding of possession of the articles of property comprised in three of the charges. He observed that there was more than one piece of property from each of the houses in question found in the private locked room of the appellant, that there was positive identification of the property, and that some of the articles were in the same groupings or same containers as when stolen. He considered, as well, the appellant's reaction and behaviour on the arrival of the police, including his activity at the bedroom window, which he considered he should not overweigh but should not ignore. He concluded by saying:

I have considered the total absence of any kind of reasonable explanation, and I have reached the conclusion that, with respect to the 3 other charges, I am satisfied beyond a reasonable doubt of the guilt of the accused, and find that I can reach that conclusion without any concern in my own mind that I am embarking on a dangerous course in so doing.

In the Court of Appeal, Monnin C.J.M. and O'Sullivan J.A. agreed that the appeal should be dismissed. Philp J.A. dissented (see (1986), 39 Man. R. (2d) 122, at p. 123). Monnin C.J.M. in very short reasons expressed agreement with the trial judge, saying:

I am satisfied that on the evidence on the record Kroft, J. reached the proper conclusion and did not misdirect himself in any respect on any aspect of the case.

O'Sullivan J.A. also expressed agreement with Kroft J. in concluding his judgment in these words, at p. 128:

In my opinion, Kroft, J., applied the doctrine of recent possession realistically and accurately. While the time periods might be too long to warrant the description of "recent" if the goods had come from one house, the fact

[TRADUCTION] De toute évidence, pour rendre une déclaration de culpabilité, je dois être convaincu hors de tout doute raisonnable à l'égard de tous les éléments de preuve pris ensemble. En l'espèce, je ne crois pas que l'on conteste que tout repose sur l'application de la théorie de la possession de biens récemment volés étant donné qu'il n'y a aucun élément de preuve reliant directement cet accusé aux introductions par effraction en question.

Il a ensuite conclu qu'il y avait possession des biens visés dans trois des chefs d'accusation. Il a fait remarquer que plus d'un bien provenant de chacune des maisons en question avait été trouvé dans la chambre personnelle et verrouillée de l'appellant, que les biens avaient été identifiés de façon positive et que certains des articles étaient groupés de la même manière ou dans les mêmes contenants que lorsqu'ils avaient été volés. Il a également tenu compte de la réaction de l'appellant et de son comportement à l'arrivée de la police, y compris ses gestes près de la fenêtre de la chambre auxquels il a estimé qu'il ne devait pas accorder trop d'importance mais qu'il ne devait pas ignorer. Il a conclu en disant:

[TRADUCTION] J'ai tenu compte de l'absence totale de toute explication valable et je suis arrivé à la conclusion que, en ce qui a trait aux trois autres accusations, je suis convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé et je suis d'avis que je peux arriver à cette conclusion sans aucune crainte de m'engager dans une voie difficile pour y arriver.

En Cour d'appel, le juge en chef Monnin du Manitoba et le juge O'Sullivan ont convenu que l'appel devait être rejeté. Le juge Philp était dissident (voir (1986), 39 Man. R. (2d) 122, à la p. 123). Dans de très courts motifs, le juge en chef Monnin a exprimé son accord avec le juge du procès en disant:

[TRADUCTION] Je suis convaincu que, d'après la preuve présentée, le juge Kroft est arrivé à la bonne conclusion et ne s'est trompé sur aucun des aspects de l'affaire.

Le juge O'Sullivan a également exprimé son accord avec le juge Kroft en concluant ses motifs de la manière suivante à la p. 128:

[TRADUCTION] À mon avis, le juge Kroft a appliqué la théorie de la possession de biens récemment volés avec réalisme et précision. Bien que les délais puissent être trop longs pour appuyer la description de «récente» dans

that goods were found from three houses all broken into as part of a scheme, raises the same presumption in this case as if the possession had been a matter of hours or days in another case.

Before reaching this conclusion, however, O'Sullivan J.A. said, at p. 125:

In my opinion, the doctrine of recent possession is that, where the doctrine applies, an accused may be found guilty of either theft or unlawful possession, even though it remains quite impossible to say of which he is guilty. The law is that where a jury is in no doubt that the accused is guilty of one or the other of these offences, the jury may convict even though it has reasonable doubt as to which to convict of.

While I am in agreement with the result reached by the majority, I am unable to agree with O'Sullivan J.A.'s statement of the doctrine of recent possession. In my view, it is erroneous and based on a misunderstanding of some of the judgments which he considered in reaching his conclusion. Where a jury is unsure as to the guilt of an accused on one or other of two alternative offences, it cannot be satisfied beyond a reasonable doubt on either offence and an acquittal will result.

In summary, then, it is my view, based on the cases, both English and Canadian, which I have referred to, that what has been called the doctrine of recent possession may be succinctly stated in the following terms. Upon proof of the unexplained possession of recently stolen property, the trier of fact may—but not must—draw an inference of guilt of theft or of offences incidental thereto. Where the circumstances are such that a question could arise as to whether the accused was a thief or merely a possessor, it will be for the trier of fact upon a consideration of all the circumstances to decide which, if either, inference should be drawn. In all recent possession cases the inference of guilt is permissive, not mandatory, and when an explanation is offered which might reasonably be true,

le cas où les biens provenaient d'une seule maison, le fait que les biens provenaient de trois maisons ayant toutes fait l'objet d'introduction avec effraction qui aurait été planifiée, soulève la même présomption en l'espèce que si la possession n'avait remonté qu'à quelques heures ou à quelques jours dans une autre affaire.

Toutefois, le juge O'Sullivan, avant d'arriver à sa conclusion a dit à la p. 125:

[TRADUCTION] À mon avis, la théorie de la possession de biens récemment volés porte que, lorsqu'elle s'applique, un accusé peut être déclaré coupable soit de vol, soit de recel, même s'il demeure absolument impossible de dire de quelle infraction il est coupable. Il est de règle que, lorsqu'un jury conclut hors de tout doute que l'accusé est coupable de l'une ou l'autre de ces infractions, il peut le déclarer coupable même s'il a un doute raisonnable quant à l'infraction dont il doit le déclarer coupable.

Bien que je sois d'accord avec le résultat auquel est arrivé la majorité, je me vois dans l'impossibilité de souscrire à l'énoncé du juge O'Sullivan en ce qui a trait à la théorie de la possession de biens récemment volés. À mon avis, cet énoncé est erroné et est fondé sur une mauvaise interprétation de certains des arrêts qu'il a examinés pour arriver à sa conclusion. Lorsqu'un jury n'est pas certain de la culpabilité d'un accusé à l'égard de l'une ou l'autre de deux infractions, il ne peut être convaincu hors de tout doute raisonnable à l'égard de chaque infraction et il en résultera un acquittement.

En résumé donc, me fondant sur les jurisprudences anglaise et canadienne que j'ai mentionnées, je suis d'avis que ce qui a été appelée la théorie de la possession de biens récemment volés peut être énoncée de façon succincte de la manière suivante. Dès que la possession inexpliquée de biens récemment volés a été démontrée, le juge des faits peut—sans y être obligé—tirer une déduction de culpabilité de vol ou d'infractions accessoires. Lorsque les circonstances sont telles que la question de savoir si l'accusé est un voleur ou simplement un possesseur peut être soulevée, il incombera au juge des faits après examen de toutes les circonstances de décider quelle déduction, sinon les deux, devraient être tirées. Dans toutes les affaires de possession de biens récemment volés, la déduc-

even though the trier of fact is not satisfied of its truth, the doctrine will not apply.

Upon all the facts in this case it is my opinion, in agreement with that of Monnin J.A., that the trial judge correctly applied the doctrine and I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (dissenting)—The issue in this appeal is whether it is open to a trial judge to convict an accused of the offence of break, enter and theft under s. 306(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 when the only evidence connecting the accused to the offence is possession by the accused of the recently stolen goods. In order to settle this issue the Court must examine what has been referred to by some as the doctrine of recent possession.

I The Facts

There were three house break-ins in Winnipeg during the summer of 1982 in each of which the owners of the burgled houses had recently died and the burglaries took place during the time of the pre-advertised funeral service. The break-ins occurred on June 1, June 6-8 and July 11, 1982.

On August 27, 1982 Barry Kowlyk, the accused's brother, was arrested in the act of committing a theft. During questioning by the investigating officers Barry Kowlyk admitted that he committed the three break and enters in question. He then led the officers to a house that he shared with the accused. Here the officers found seventy-six items stolen during the break and enters described above. On entering the house with the police Barry Kowlyk yelled out "Wake up Ray. The police are here. They got us. It's all over".

The accused was found in his bedroom. The door was closed and the police officer demanded that the accused come out. The accused stated that

tion de culpabilité est facultative et non obligatoire et lorsqu'on fournit une explication qui pourrait raisonnablement être vraie, même si le juge des faits n'est pas convaincu de sa véracité, la théorie ne s'applique pas.

Compte tenu de tous les faits de l'espèce, je fais mienne l'opinion du juge Monnin que le juge de première instance a bien appliqué la théorie et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente)—La question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir s'il est loisible au juge du procès de déclarer un accusé coupable de l'infraction de vol avec effraction aux termes de l'al. 306(1)b) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34 lorsque le seul élément de preuve reliant l'accusé à l'infraction est la possession par celui-ci de biens récemment volés. Afin de régler cette question, la Cour doit examiner ce que certaines personnes ont appelé la théorie de la possession de biens récemment volés.

I Les faits

Au cours de l'été 1982, à Winnipeg, trois introductions par effraction ont été commises dans des maisons dont les propriétaires étaient récemment décédés. Ces cambriolages se sont produits pendant les funérailles qui avaient auparavant été annoncées. Les introductions par effraction ont eu lieu le 1^{er} juin, du 6 au 8 juin et le 11 juillet 1982.

Le 27 août 1982, Barry Kowlyk, le frère de l'accusé, a été arrêté pendant qu'il commettait un vol. Lors de l'interrogatoire effectué par les agents enquêteurs, Barry Kowlyk a admis qu'il avait commis les trois introductions par effraction en question. Il a ensuite conduit les agents à une maison qu'il partageait avec l'accusé. À cet endroit, les policiers ont trouvé soixante-seize articles volés au cours des introductions par effraction mentionnées précédemment. En entrant dans la maison avec les policiers, Barry Kowlyk a crié [TRADUCTION] «Réveille-toi Ray. Les policiers sont ici. Ils nous ont eu. Tout est terminé».

L'accusé était dans sa chambre à coucher. La porte était fermée et un policier lui a demandé de sortir. L'accusé a dit qu'il le ferait après s'être

he would do so after he got dressed. Five minutes later the accused emerged from his bedroom. A police officer who had been stationed outside testified that the accused had opened the curtains, unlocked the window and attempted to lift the window, but upon seeing the officer had stopped these activities. Fourteen of the stolen items were found in the accused's bedroom. The items were grouped according to the separate break-ins.

The accused was arrested and charged with three counts of break, enter and theft. When questioned by the police about his involvement in the burglaries the accused replied "All you got me for is possession. I'm not saying anything". He made no further comment and did not testify at his trial. He was convicted of all three counts of break, enter and theft by Kroft J. in the Manitoba Court of Queen's Bench and was sentenced to thirty months' incarceration on each count to be served concurrently. These convictions were upheld by the Manitoba Court of Appeal (Philp J.A. dissenting): see (1986), 39 Man. R. (2d) 122.

II The Courts Below

Court of Queen's Bench

Kroft J. began by noting that no weight should be given to the evidence of Barry Kowlyk, the accused's brother. He was simply not a credible witness. He noted also that Barry Kowlyk was a thief and that he operated, at least on some occasions, without his brother. Kroft J. made it clear that his approach to the case was grounded in "the doctrine of recent possession". He stated:

In this case I think there's no dispute that it stands or falls on the application of the Doctrine of Recent Possession, there being no direct evidence connecting this accused to the break and entries in question.

In applying the doctrine of recent possession the trial judge noted that significant quantities of stolen goods were found in the accused's bedroom. He noted that the goods found there were not

habillé. Cinq minutes plus tard, l'accusé est sorti de la chambre. Un policier qui se trouvait à l'extérieur a déposé que l'accusé avait ouvert les rideaux, déverrouillé la fenêtre et tenté de l'ouvrir, mais s'était arrêté en voyant le policier. Quatorze articles volés se trouvaient dans la chambre de l'accusé. Les articles étaient réunis selon les différents cambriolages.

Le prévenu a été arrêté et trois chefs d'accusation de vol avec effraction ont été portés contre lui. Lorsque les policiers l'ont interrogé sur sa participation aux cambriolages, l'accusé a répondu [TRANSDUCTION] «Tout ce que vous pouvez me reprocher, c'est la possession. Je ne dirai rien». Il n'a pas fait d'autres observations et n'a pas déposé lors de son procès. Le juge Kroft de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba l'a déclaré coupable relativement aux trois chefs d'accusation de vol avec effraction et l'a condamné à purger concurremment trente mois d'emprisonnement pour chaque chef d'accusation. La Cour d'appel du Manitoba (le juge Philp étant dissident) a maintenu ces déclarations de culpabilité: voir (1986), 39 Man. R. (2d) 122.

II Les tribunaux d'instance inférieure

La Cour du Banc de la Reine

Le juge Kroft a d'abord fait remarquer qu'on ne devait pas accorder de force probante au témoignage de Barry Kowlyk, le frère de l'accusé. Il n'était tout simplement pas un témoin crédible. Il a également souligné que Barry Kowlyk était un voleur et qu'il agissait, du moins à certaines occasions, sans son frère. Le juge Kroft a établi clairement que sa façon d'aborder l'affaire était fondée sur «la théorie de la possession de biens récemment volés». Il a dit:

[TRANSDUCTION] En l'espèce, je ne crois pas que l'on conteste que tout repose sur l'application de la théorie de la possession de biens récemment volés étant donné qu'il n'y a aucun élément de preuve reliant directement cet accusé aux introductions par effraction en question.

En appliquant la théorie de la possession de biens récemment volés, le juge du procès a fait remarquer que d'importantes quantités de biens volés avaient été découvertes dans la chambre de l'accusé.

isolated items but rather groups of objects from the same houses. He also "considered the accused's reaction on his arrest, his comments and his activity at the window". Finally, he considered "the total absence of any kind of reasonable explanation" from the accused as to how the stolen goods found their way into his bedroom.

For these reasons Kroft J. convicted the accused of the three counts of break, enter and theft.

Court of Appeal

The Court of Appeal (Philp J.A. dissenting) dismissed the appeal. Monnin C.J.M., in a short judgment, simply stated that he would uphold the trial decision for the reasons given by the trial judge. O'Sullivan J.A. agreed with Monnin C.J.M. that the appeal should be dismissed. He noted that it was admitted by both sides that the accused was in possession of stolen property knowing that it was stolen. He pointed out, however, that the accused was not charged with possession but with break, enter and theft. Without the aid of the doctrine of recent possession, O'Sullivan J.A. stated, the accused could not be convicted of this offence. As O'Sullivan J.A. notes, at p. 124, "it is quite impossible to say in this case beyond doubt whether the accused was a thief or only a possessor".

O'Sullivan J.A. concluded, however, that the accused was properly convicted of break, enter and theft. He reached this conclusion by applying the doctrine of recent possession. As O'Sullivan J.A. notes, at p. 125:

In my opinion, the doctrine of recent possession is that, where the doctrine applies, an accused may be found guilty of either theft or unlawful possession, even though it remains quite impossible to say of which he is guilty. The law is that where a jury is in no doubt that the accused is guilty of one or the other of these offences, the jury may convict even though it has reasonable doubt as to which to convict of.

cusé. Il a souligné que les biens trouvés n'étaient pas des articles isolés mais plutôt des groupes d'objets provenant des mêmes maisons. Il a également [TRADUCTION] «tenu compte de la réaction de l'accusé au moment de son arrestation, de ses remarques et de ses gestes à la fenêtre». Enfin, il a tenu compte [TRADUCTION] «de l'absence totale de toute explication raisonnable» de la part de l'accusé concernant la façon dont les biens volés s'étaient retrouvés dans sa chambre.

Pour ces motifs, le juge Kroft a déclaré l'accusé coupable relativement aux trois chefs d'accusation de vols avec effraction.

La Cour d'appel

La Cour d'appel (le juge Philp étant dissident) a rejeté l'appel. Le juge en chef Monnin du Manitoba, dans un court jugement, a dit simplement qu'il était d'avis de maintenir la décision du juge de première instance pour les motifs donnés par ce dernier. Le juge O'Sullivan a convenu avec le juge en chef Monnin que l'appel devait être rejeté. Il a souligné que les deux parties avaient admis que l'accusé savait qu'il était en possession de biens volés. Toutefois, il a souligné que l'accusé avait été inculpé non pas de possession, mais de vol avec effraction. Le juge O'Sullivan a dit que, sans l'aide de la théorie de la possession de biens récemment volés, l'accusé ne pouvait être déclaré coupable de cette infraction. Comme il l'a fait remarquer, à la p. 124, [TRADUCTION] «il est absolument impossible de dire hors de tout doute en l'espèce si l'accusé était un voleur ou seulement un receleur».

Toutefois, le juge O'Sullivan a conclu que l'accusé avait, à bon droit, été déclaré coupable de vol avec effraction. Il est arrivé à cette conclusion en appliquant la théorie de la possession de biens récemment volés. Comme le fait observer le juge O'Sullivan à la p. 125:

[TRADUCTION] À mon avis, la théorie de la possession de biens récemment volés porte que, lorsqu'elle s'applique, un accusé peut être déclaré coupable soit de vol, soit de recel, même s'il demeure absolument impossible de dire de quelle infraction il est coupable. Il est de règle que, lorsqu'un jury conclut hors de tout doute que l'accusé est coupable de l'une ou l'autre de ces infractions, il peut le déclarer coupable même s'il a un doute raisonnable quant à l'infraction dont il doit le déclarer coupable.

O'Sullivan J.A. cites the old case of *R. v. Langmead* (1864), Le. & Ca. 427, 169 E.R. 1459, 9 Cox C.C. 464, (hereinafter cited to 9 Cox C.C.) as laying down authoritatively that "where unexplained recent possession exists, it is sufficient to convict either of theft (or break and enter and theft) or of unlawful possession even though it is quite impossible to say which crime it was that was committed by the accused".

Philp J.A. dissented. He agreed that the "so called 'doctrine' or 'principle' of recent possession arises in the circumstances of this appeal". He took issue, however, with the trial judge and the majority of the Court of Appeal as to the effect of the doctrine. He reviewed the cases and texts and concluded that the effect of the doctrine was well summed up in *Phipson on Evidence*, 13th ed., para. 4-11, at p. 49, as follows:

For example, on charges of theft or handling, proof of recent possession of the stolen property by the accused, if unexplained or if, though explained the explanation is disbelieved, raises a presumption of fact (not of law) that he is the thief or a handler (according to the circumstances) and the jury may (though not must), providing they are satisfied that the other elements of the particular offence are proved, convict. It is not for the accused to prove honest dealing with the property, but for the prosecution to prove the reverse. Thus if the explanation given is one which the jury think may be true, though they are not convinced that it is, they must acquit, for the burden of proof remains on the prosecution throughout and will not have been discharged.

Applying the doctrine to the facts of this case, Philp J.A. asked whether "in all of the circumstances it can be said beyond doubt that the accused committed the much more serious offences of break, enter and theft, or aided or abetted in their commission". He answered this question in the negative stating, at pp. 135-36:

Apart from suspicion, conjecture and speculation (and the confession of the brother, not evidence against the accused, implicating the accused), there are no circumstances connecting the accused to the burglaries that had occurred over two months prior to his arrest. He

Le juge O'Sullivan cite l'ancien arrêt *R. v. Langmead* (1864), Le. & Ca. 427, 169 E.R. 1459, 9 Cox C.C. 464, (ci-après cité à 9 Cox C.C.) qui établit péremptoirement que [TRADUCTION] «la possession inexpliquée de biens récemment volés est suffisante pour rendre une déclaration de culpabilité de vol (ou vol avec effraction) ou de recel même s'il est absolument impossible de dire quel crime a été commis par l'accusé».

Le juge Philp a exprimé une dissidence. Il a convenu que [TRADUCTION] «la «théorie» ou le «principe» dit de la possession de biens récemment volés s'applique dans les circonstances du présent appel». Toutefois, il ne partageait pas l'opinion du juge du procès et des juges formant la majorité de la Cour d'appel quant à l'effet de cette théorie. Il a passé en revue la jurisprudence et la doctrine pour conclure que l'effet de la théorie était bien résumé dans *Phipson on Evidence*, 13th ed., par. 4-11, à la p. 49:

[TRADUCTION] Par exemple, dans le cas d'une accusation de vol ou de détention de biens volés, la preuve de la possession de biens récemment volés par l'accusé, sans explication ou avec une explication à laquelle il n'est pas ajouté foi, fait naître une présomption de fait (et non de droit) qu'il en est le voleur ou le détenteur (selon les circonstances) et le jury peut le déclarer coupable (même s'il n'est pas tenu de le faire) à la condition d'être convaincu que les autres éléments de l'infraction particulière sont démontrés. Il n'appartient pas à l'accusé de prouver que l'opération était honnête mais à la poursuite de prouver le contraire. Donc si le jury pense que l'explication donnée peut être vraie, même s'il n'en est pas convaincu, il doit acquitter l'accusé parce que le fardeau de la preuve incombait toujours à la poursuite et qu'elle ne s'en est pas acquittée.

En appliquant cette théorie aux faits de l'espèce, le juge Philp s'est demandé si [TRADUCTION] «compte tenu de toutes les circonstances, on peut dire hors de tout doute que l'accusé a commis l'infraction beaucoup plus grave de vol avec effraction ou a aidé ou encouragé à la perpétrer». Il a répondu à cette question par la négative en disant, aux pp. 135 et 136:

[TRADUCTION] Outre les soupçons, les conjectures et les suppositions (ainsi que l'aveu du frère impliquant l'accusé, sans constituer une preuve contre ce dernier), il n'y a aucune circonstance reliant l'accusé aux cambriolages qui se sont produits au cours des deux mois qui ont

was not seen at or near the scenes. Another person, the brother of the accused, has confessed his guilt and testified that he was the sole participant in the offences. The trial judge found the brother not to be a credible witness, but he also made the finding that the brother had committed other offences without the participation of the accused. The trial judge said:

“There is, however, some evidence respecting Barry Kowlyk that do take as fact and that does bear to some extent on my decision. I find that he, himself, was a thief, that he operated, at least on some occasions, without his brother, and that he himself had taken stolen goods into his possession.”

I conclude that the trial judge, in applying the rule, did so on the basis that the accused's unexplained possession of the stolen goods was *prima facie* evidence of his participation in the three offences of break, enter and theft. In my view, it was wrong to draw such an inference in the absence of any evidence connecting the accused with the commission of those offences.

Because of my understanding of the effect and application of the rule respecting possession of recently stolen goods, I feel bound to allow the appeal of the accused and to acquit him. I must do so notwithstanding the fact that the accused was undoubtedly guilty of (but not charged with) the offence of possession of goods obtained by crime.

III The Issue

It is clear that this appeal turns upon the legal significance to be attributed to possession of recently stolen property. Recent possession has been called variously a legal doctrine, a presumption, a legal principle, and a common sense rule of evidence. Its roots are relatively ancient. It was relied on as early as 1830 in *Clement's Case* (1830), 1 Lewin 113, 168 E.R. 980, where Clement was convicted of horse stealing. The case report for *Clement's Case* reads as follows:

Carlisle Sp. Assizes, 1830.

CLEMENT'S CASE.

(Possession in Scotland evidence of stealing in England.)

Prisoner was indicted for horse-stealing. The evidence was, that he had the horse in his possession in Kirkcudbright, three days after it had been stolen, in the county of Cumberland.

précédé son arrestation. Il n'a pas été vu sur la scène des crimes ni près de celle-ci. Une autre personne, le frère de l'accusé, a reconnu sa culpabilité et a déposé qu'il était l'unique participant aux infractions. Le juge du procès a conclu que le frère n'était pas un témoin crédible, mais il a également conclu que le frère avait commis d'autres infractions sans la participation de l'accusé. Le juge du procès a dit:

«Toutefois il y a certains éléments de preuve concernant Barry Kowlyk que je tiens pour acquis et qui influent dans une certaine mesure sur ma décision. Je conclus qu'il était lui-même un voleur, qu'il a agi, du moins à certaines occasions, sans son frère, et qu'il avait lui-même pris possession de biens volés.»

Je conclus que le juge du procès, en appliquant la règle, l'a fait en se fondant sur le fait que la possession inexplicquée de biens volés par l'accusé était un élément de preuve *prima facie* de sa participation aux trois infractions de vol avec effraction. À mon avis, une telle déduction était erronée en l'absence de tout élément de preuve reliant l'accusé à la perpétration de ces infractions.

En raison de mon interprétation de l'effet et de l'application de la règle concernant la possession des biens récemment volés, je me suis tenu d'accueillir l'appel de l'accusé et de l'acquitter. Je dois le faire nonobstant le fait que l'accusé était sans aucun doute coupable (mais n'en a pas été accusé) de l'infraction de possession de biens criminellement obtenus.

f III La question en litige

Il est clair que le présent pourvoi dépend de la portée en droit de la possession de biens récemment volés. La possession de biens récemment volés a été diversement qualifiée de théorie juridique, de présomption, de principe juridique et de règle de preuve de bon sens. Ses origines sont relativement anciennes. Elle a été invoquée dès 1830 dans l'affaire *Clement* (1830), 1 Lewin 113, 168 E.R. 980, où Clement a été déclaré coupable du vol d'un cheval. L'affaire *Clement* est rapportée ainsi dans le recueil de jurisprudence:

[TRADUCTION] Assises sp. de Carlisle, 1830.

AFFAIRE CLEMENT.

(Possession en Écosse preuve du vol en Angleterre.)

L'accusé a été inculpé de vol de cheval. Selon la preuve, il avait un cheval en sa possession à Kirkcudbright trois jours après qu'il eut été volé dans le comté de Cumberland.

Parke, J., held this to be sufficient evidence of a stealing by the prisoner in Cumberland.

It is difficult to assess the correct meaning to be attributed to this judgment. The paucity of detail relating to the circumstances surrounding the case prevent one from determining the exact use being made of the fact of recent possession. However, if this case is authority for the proposition that recent possession in the absence of any other incriminating circumstances can found a conviction for theft, it has been eclipsed by later authority.

An early example of this later authority is *R. v. Hall* (1845), 1 Cox C.C. 231. Here the evidence established that the prisoner had had access to the premises of the prosecutor and that the prosecutor's shirt had been found in the prisoner's possession. Pollock C.B. (Coleridge J. concurring) held that in these circumstances the jury should be directed to acquit. Pollock C.B. stated:

It will be pushing the doctrine of possession rather too far to hold this sufficient. There is a certain period, after which I should think it very unfair to assume theft from mere possession, even where the property is proved *aliunde* to have been stolen.

Thus, the mere fact of possession of stolen goods can constitute proof of theft only when coupled with surrounding circumstances such as a sufficient temporal connection between the theft and the possession.

This point was elaborated in Coleridge J.'s charge to the jury in *Cockin's Case* (1836), 2 Lewin 235, 168 E.R. 1139. In this case the prisoner was indicted for stealing two sacks. The evidence was that the sacks were stolen in February and were found in the prisoner's possession in March, about twenty days later. Coleridge J. charged the jury as follows:

If I was now to lose my watch, and in a few minutes it was to be found on the person of one of you, it would

Le juge Parke a conclu qu'il s'agissait d'un élément de preuve suffisant pour établir que l'accusé avait commis un vol à Cumberland.

Il est difficile de déterminer le sens exact qu'il faut attribuer à cette décision. Le manque de détails en ce qui a trait aux circonstances de l'affaire nous empêche de déterminer exactement de quelle manière on a utilisé le fait de posséder des biens récemment volés. Toutefois, si cette affaire permet de faire valoir que la possession de biens récemment volés, en l'absence de toute autre circonstance incriminante, peut justifier une déclaration de culpabilité de vol, elle a été éclipsée par la jurisprudence ultérieure.

L'arrêt *R. v. Hall* (1845), 1 Cox C.C. 231, constitue un premier exemple de cette jurisprudence ultérieure. Dans cette affaire, il ressortait de la preuve que le détenu avait eu accès aux locaux du poursuivant et que le détenu avait été trouvé en possession de la chemise de ce dernier. Le baron en chef Pollock (à l'avis duquel a souscrit le juge Coleridge) a conclu que dans ces circonstances, on devrait donner des directives au jury pour qu'il rende un verdict d'acquiescement. Le baron en chef Pollock a dit:

[TRADUCTION] Ce serait pousser la théorie de la possession un peu trop loin que de conclure que cela est suffisant. Il y a une certaine période après laquelle je croirais qu'il serait très injuste de présumer qu'il y a eu vol à partir de la simple possession de biens volés, même s'il existe une preuve *aliunde* que le bien a été volé.

Ainsi, le simple fait d'être en possession de biens volés ne peut constituer une preuve du vol que lorsqu'il est associé aux circonstances de l'affaire, comme l'existence d'un lien temporel suffisant entre le vol et la possession.

Ce point a été expliqué dans l'exposé que le juge Coleridge a fait au jury dans l'affaire *Cockin* (1836), 2 Lewin 235, 168 E.R. 1139. Dans cette affaire, l'accusé avait été inculpé d'avoir volé deux sacs. La preuve révélait que les sacs avaient été volés en février et qu'ils avaient été trouvés en la possession de l'accusé en mars, environ vingt jours plus tard. Le juge Coleridge a donné la directive suivante au jury:

[TRADUCTION] Si je devais maintenant perdre ma montre et que dans quelques minutes on devait la trou-

afford the strongest ground for presuming that you had stolen it; but if a month hence it were to be found in your possession, the presumption of your having stolen it would be greatly weakened, because stolen property usually passes through many hands.

This direction underlines two important points. It indicates that recent possession is strongly probative of theft only when the recency of the possession negates the possibility that the property was stolen by a third party and transferred to the defendant by the thief. More generally it emphasizes the need to look to all the surrounding circumstances to determine the legal significance of the fact of recent possession.

In *R. v. Langmead, supra*, the need to examine recent possession in the context of all the surrounding circumstances was stressed. Here Langmead was convicted of feloniously receiving sheep that he knew were stolen. Langmead argued that the jury should have been directed that they could not convict on the felonious receiving count because, Langmead contended, the evidence proved no more than unexplained recent possession of stolen sheep. The Court of Criminal Appeal held that there was enough evidence to justify leaving the question of guilt to the jury. The Court's comments on the implications of recent possession of stolen goods are germane to the present discussion.

Pollock C.B. characterized the fact that the accused was found in possession of very recently stolen sheep as evidence of either theft or of receiving, depending on the surrounding circumstances. Obviously some circumstances will rule out the possibility of receiving. Pollock C.B. concluded, however, that that was not the case here. He said at p. 468:

In the present case, I think that the evidence of receiving was more cogent than that of stealing. It is very likely that the prisoner sent the two boys to drive the sheep, and that they had innocently taken them from some one else who had stolen them from the common.

ver sur la personne de l'un d'entre vous, cela donnerait d'excellentes raisons de présumer que vous l'avez volée; mais si, dans un mois, on devait la trouver en votre possession, la présomption que vous l'avez volée serait grandement affaiblie parce que d'habitude les biens volés passent par plusieurs mains.

Cette directive souligne deux points importants. Elle indique que la possession de biens récemment volés a une grande force probante à l'égard du vol, seulement lorsque le caractère récent de la possession repousse la possibilité que le bien ait été volé par un tiers pour être ensuite transmis au défendeur par le voleur. D'une manière plus générale, elle souligne la nécessité d'examiner toutes les circonstances de l'affaire pour déterminer la portée en droit de la possession de biens récemment volés.

Dans l'arrêt *R. v. Langmead*, précité, on a souligné la nécessité d'examiner la possession de biens récemment volés en fonction de toutes les circonstances de l'affaire. Dans ce cas, Langmead a été déclaré coupable d'avoir recelé des moutons dont il savait qu'ils avaient été volés. Langmead a soutenu qu'on aurait dû dire au jury qu'il ne pouvait le déclarer coupable aux termes du chef d'accusation de recel parce que, prétendait-il, les éléments de preuve n'établissaient que la possession inexpliquée de moutons récemment volés. La Court of Criminal Appeal a conclu qu'il y avait suffisamment d'éléments de preuve pour justifier de laisser au jury le soin de déterminer la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. Les observations de la Cour sur les effets de la possession de biens récemment volés s'apparentent au présent débat.

Le baron en chef Pollock a considéré le fait que l'accusé ait été trouvé en possession de moutons volés très récemment comme une preuve soit du vol soit du recel selon les circonstances de l'affaire. De toute évidence, certaines circonstances écartent la possibilité qu'il y ait eu recel. Toutefois, le baron en chef Pollock a conclu que ce n'était pas le cas dans cette affaire. Il a dit, à la p. 468:

[TRADUCTION] En l'espèce, je crois que la preuve du recel était plus convaincante que celle du vol. Il est très probable que l'accusé a envoyé les deux garçons conduire les moutons et qu'ils les ont innocemment pris de quelqu'un d'autre qui les avait volés d'autres personnes.

Blackburn J. came to a very similar conclusion in a brief judgment that is of central importance to an understanding of the legal significance of recent possession. He said at p. 468:

I am of the same opinion. As a proposition of law, there is no presumption that recent possession points more to stealing than receiving. If a party is in possession of stolen property recently after the stealing, it lies on him to account for his possession, and if he fails to account for it satisfactorily, he is reasonably presumed to have come by it dishonestly; but it depends on the surrounding circumstances whether he is guilty of receiving or stealing. Whenever the circumstances are such as render it more likely that he did not steal the property, the presumption is that he received it. In the present case, I believe that the jury have drawn the right conclusion.

This approach was endorsed in *R. v. Exall* (1866), 4 F. & F. 922, 176 E.R. 850. The facts of this case appear in the judgment as follows, at p. 922 F. & F., 850 E.R.:

On the night of the 21st of December last, the premises were broken open, and some time after eleven that night, the money and articles mentioned stolen.

The prisoners were seen together on that night at a public-house not far off, and they were seen together early in the morning.

In the morning, two of them, Edwards and Exall, were apprehended together on suspicion; and on one of them, Exall, the watch was found. The other prisoner, Skelton, was taken some time afterwards, and upon him was found a piece of money, identified as part of the money stolen, and which he said he had from Edwards, which Edwards did not deny.

Pollock C.B. had the following comments to make to the jury on the nature of the law relating to recent possession, at pp. 924-28 F. & F., 851-53 E.R.:

The principle is this, that if a person is found in possession of property recently stolen, and of which he can give no reasonable account, a jury are justified in coming to the conclusion that he committed the robbery.

And so it is of any crime to which the robbery was incident, or with which it was connected, as burglary, arson, or murder. For, if the possession be evidence that

Le juge Blackburn est arrivé à une conclusion très semblable dans un bref jugement qui est très important pour comprendre la portée en droit de la possession de biens récemment volés. Il a dit à la p. 468:

[TRADUCTION] Je suis du même avis. Comme principe de droit, il n'y a aucune présomption que la possession de biens récemment volés indique qu'il s'agit plus d'un vol que d'un recel. Si une partie est en possession de biens récemment volés après le vol, il lui incombe d'expliquer sa possession et si elle ne le fait pas de manière satisfaisante, on peut raisonnablement présumer qu'elle les a obtenus malhonnêtement; mais la question de savoir si elle est coupable de recel ou de vol dépend des circonstances de l'affaire. Chaque fois que les circonstances sont telles qu'il est plus probable qu'une personne n'a pas volé les biens, ou présume qu'elle les a recelés. En l'espèce, je crois que le jury a tiré la bonne conclusion.

On a souscrit à ce point de vue dans l'arrêt *R. v. Exall* (1866), 4 F. & F. 922, 176 E.R. 850. Les faits de cette affaire sont exposés ainsi dans le jugement, à la p. 922 F. & F., 850 E.R.:

[TRADUCTION] Pendant la nuit du 21 décembre dernier, on est entré par effraction dans les lieux et, peu après 23 h cette nuit-là, l'argent et les biens mentionnés ont été volés.

Les accusés ont été vus ensemble la même nuit dans un endroit public situé non loin de là. Ils ont été également vus ensemble tôt le matin.

Le matin, deux d'entre eux, Edwards et Exall ont été arrêtés ensemble en raison de soupçons pesant contre eux; et la montre a été trouvée sur l'un d'eux, soit Exall. L'autre accusé, Skelton a été arrêté quelque temps après, et on a trouvé sur lui une pièce d'argent identifiée comme faisant partie de l'argent volé et dont il a dit qu'elle provenait d'Edwards ce que ce dernier n'a pas nié.

Le baron en chef Pollock a fait observer ce qui suit au jury concernant la nature du droit relatif à la possession de biens récemment volés, aux pp. 924 à 928 F. & F., 851 à 853 E.R.:

[TRADUCTION] Le principe est que si une personne est trouvée en possession de biens récemment volés et ne peut donner de la possession une explication raisonnable, un jury peut en conclure qu'elle a commis le vol qualifié.

Et il en est ainsi de tout crime que le vol qualifié a accompagné, ou auquel ce vol qualifié est relié, comme le crime de cambriolage, d'incendie ou de meurtre. Car,

the person committed the robbery, and the person who committed the robbery committed the other crime, then it is evidence that the person in whose possession the property is found committed that other crime.

The law is, that if, recently after the commission of the crime, a person is found in possession of the stolen goods, that person is called up to account for the possession, that is, to give an explanation of it, which is not unreasonable or improbable. The strength of the presumption, which arises from such possession, is in proportion to the shortness of the interval which has elapsed. If the interval has been only an hour or two, not half a day, the presumption is so strong, that it almost amounts to proof; because the reasonable inference is, that the person must have stolen the property. In the ordinary affairs of life, it is not probable that the person could have got possession of the property in any other way. And juries can only judge of matters, with reference to their knowledge and experience of the ordinary affairs of life.

Thus, for instance (to put the present case), if the property were the produce of a burglary, then the possession of it, soon after the burglary, is some evidence that the person in whose possession it is found was a party to the burglary. For, at all events, he must have received it from one who was a party to it; and this is strong evidence that he was privy to it, and some evidence that he was a party to it. Whether or not he was so, must be judged of from all the other circumstances of the case. [Emphasis added.]

Applying this approach to the facts of the case, Pollock C.B. suggested, at p. 929 F. & F., 853 E.R., that the fact of recent possession should be considered simply as a piece of circumstantial evidence to be considered along with all the other circumstances:

It has been said that circumstantial evidence is to be considered as a chain, and each piece of evidence as a link in the chain, but that is not so, for then, if any one link broke, the chain would fall. It is more like the case of a rope composed of several cords. One strand of the cord might be insufficient to sustain the weight, but three stranded together may be quite of sufficient strength.

Thus it may be in circumstantial evidence — there may be a combination of circumstances, no one of which would raise a reasonable conviction, or more than a mere suspicion; but the whole, taken together, may

si la possession est une preuve que la personne a commis le vol qualifié, et si l'auteur du vol qualifié est celui qui a commis l'autre crime, la possession est alors une preuve que la personne trouvée en possession des biens a commis cet autre crime.

En droit, si, peu de temps après la perpétration du crime, une personne est trouvée en possession des biens volés, cette personne est appelée à expliquer comment il se fait qu'elle se trouve en leur possession, c'est-à-dire, à donner une explication qui ne soit ni absurde ni improbable. La force de la présomption qui découle de cette possession est proportionnelle à la courte durée de temps qui s'est écoulé. Si l'intervalle n'a été que d'une heure ou deux et non d'une demi-journée, la présomption est si forte qu'elle équivaut presque à une preuve, parce qu'on peut raisonnablement déduire que la personne doit avoir volé le bien. Dans le cours ordinaire de la vie, il n'est pas probable que la personne aurait pu avoir en sa possession le bien d'une autre manière. De plus, les jurés ne peuvent juger les questions qu'en se fondant sur leur connaissance et leur expérience de la vie courante.

Donc, par exemple (en l'espèce), si le bien était le produit d'un cambriolage alors le fait de l'avoir en sa possession, peu après le cambriolage constitue un certain élément de preuve que la personne en la possession de qui il a été trouvé a participé au cambriolage. Car, de toute façon, cette dernière doit l'avoir reçu de quelqu'un qui y a participé; et il s'agit d'un élément de preuve convaincant qu'il en était au courant et un certain élément de preuve qu'il y était partie. Pour décider si c'est le cas, il faut se fonder sur les autres circonstances de l'affaire. [Je souligne.]

En appliquant ce point de vue aux faits de l'affaire, le baron en chef Pollock a laissé entendre, à la p. 929 F. & F., 853 E.R., que le fait de posséder des biens récemment volés devrait être considéré simplement comme un élément de preuve circonstancielle dont on doit tenir compte avec toutes les autres circonstances:

[TRADUCTION] On a dit que la preuve circonstancielle doit être considérée comme une chaîne et chaque élément de preuve comme un maillon de la chaîne mais ce n'est pas le cas, car si un maillon est brisé la chaîne cédera. Il s'agit davantage d'une corde composée de plusieurs cordelettes. Un brin de la corde peut être insuffisant pour soutenir le poids, alors que trois brins ensembles peuvent être suffisamment solides.

Il peut en être ainsi dans le cas de la preuve circonstancielle: il peut y avoir un ensemble de circonstances dont aucune n'entraînerait une déclaration de culpabilité raisonnable ou plus qu'un simple soupçon, mais qui

create a strong conclusion of guilt, that is, with as much certainty as human affairs can require or admit of.

On the whole the judgment seems to permit a rather modest inference to be drawn from recent possession of stolen goods. If the possession is so recent that it seems improbable that the person could have got the property other than through stealing it, the inference that the possessor is also the thief is strong. If, however, there is no such close temporal nexus the inference is weak. In any event, the fact of recent possession is merely one piece of evidence that must be assessed together with all the other circumstances.

The writers seem to agree that recent possession of stolen goods is best viewed as a fact from which certain inferences can be drawn rather than as a legal presumption or doctrine. As Delisle puts it in *Evidence, Principles and Problems* (1984), at p. 79:

As the factual situation of theft and possession regularly occurred and the practice of drawing the inference became standard, the courts, perhaps unfortunately, began speaking of the "presumption" which arises from the possession of recently stolen goods; from there it was a short step to talk of the "doctrine" of recent possession. This is unfortunate as the clothing of legal language often serves to distract from the simplicity and common sense of the proposition and may place too heavy a burden on the accused. [Emphasis added.]

A similar point is made by McWilliams in *Canadian Criminal Evidence*, 2nd ed., (1984), where he says of the doctrine of recent possession at pp. 81-82: "It is a conclusion of fact invoked by common sense and not by any doctrine or presumption".

Wigmore agrees. At page 417 of *Wigmore on Evidence*, 3rd ed., vol. 9, (1940), the author states that "One of the most troublesome and fruitless controversies has been whether under certain circumstances the accused's *possession of stolen goods* raises a presumption that he was the thief".

prises toutes ensemble peuvent donner lieu à une forte conclusion de culpabilité c'est-à-dire avec autant de certitude que les affaires humaines peuvent exiger ou permettre.

" Dans l'ensemble, la décision semble permettre de faire une déduction plutôt modeste de la possession de biens récemment volés. Si la possession est récente au point qu'il semble improbable que la personne ait pu obtenir le bien autrement qu'en le volant, la déduction que le possesseur est également le voleur est forte. Si, toutefois, il n'y a pas un lien temporel aussi étroit, la déduction est faible. De toute façon, le fait de posséder des biens récemment volés constitue simplement un élément de preuve qui doit être évalué avec toutes les autres circonstances.

Les auteurs semblent convenir que la possession de biens récemment volés est au mieux considérée comme un fait dont on peut faire certaines déductions plutôt que comme une présomption ou une théorie juridique. Comme Delisle l'affirme dans *Evidence, Principles and Problems* (1984), à la p. 79:

[TRADUCTION] Comme la situation de fait du vol et de la possession se produit régulièrement et la pratique de faire une déduction est devenue normale, les tribunaux, peut-être malheureusement, ont commencé à parler de la «présomption» qui découle de la possession de biens récemment volés, et à partir de là il était facile de parler de la «théorie» de la possession de biens récemment volés. Cela est malheureux, car la tournure du langage juridique sert souvent à masquer la simplicité et le bon sens de la proposition et peut imposer un fardeau trop lourd à l'accusé. [Je souligne.]

McWilliams a fait une remarque semblable dans *Canadian Criminal Evidence*, 2nd ed., (1984), où il a affirmé au sujet de la théorie de la possession de biens récemment volés aux pp. 81 et 82, que: [TRADUCTION] «Il s'agit d'une conclusion de fait dictée par le bon sens et non par une théorie ou une présomption».

Wigmore est d'accord avec cela. À la page 417 de *Wigmore on Evidence*, 3rd ed., vol. 9 (1940), l'auteur déclare que [TRADUCTION] «l'une des controverses les plus embarrassantes et les plus stériles a été de savoir si dans certaines circonstances la *possession* par l'accusé de biens volés

After a careful study of the English and American case law Wigmore concludes that the best view is that no such presumption exists; "... the sufficiency of the evidence to go to the jury will usually depend on the variant circumstances of each case" (p. 422). Thus, the consensus of the writers seems to be that recent possession of stolen property is a fact from which the inference of theft may be drawn. The strength of this inference will depend on all the surrounding circumstances of the particular case.

The Canadian case law is largely in conformity with the position taken by the English courts and the writers. The Supreme Court of Canada has consistently taken the position that the legal significance of recent possession was correctly stated by Lord Reading in *R. v. Schama and Abramovitch* (1914), 11 Cr. App. R. 45, at p. 49 (see *Richler v. The King*, [1939] S.C.R. 101; *Ungaro v. The King*, [1950] S.C.R. 430; *Graham v. The Queen*, [1959] S.C.R. 652; *Tremblay v. La Reine*, [1969] S.C.R. 431; *R. v. Graham*, [1974] S.C.R. 206, and *R. v. Newton*, [1977] 1 S.C.R. 399). In that case Lord Reading gave the following instruction to the jury:

"Where the prisoner is charged with receiving recently stolen property, when the prosecution has proved the possession by the prisoner, and that the good had been recently stolen, the jury should be told that they may, not that they must, in the absence of any reasonable explanation, find the prisoner guilty. But if an explanation is given which may be true, it is for the jury to say on the whole evidence whether the accused is guilty or not; that is to say, if the jury think that the explanation may reasonably be true, though they are not convinced that it is true, the prisoner is entitled to an acquittal, because the Crown has not discharged the *onus* of proof imposed upon it of satisfying the jury beyond reasonable doubt of the prisoner's guilt. That *onus* never changes, it always rests on the prosecution. That is the law; the Court is not pronouncing new law, but is merely restating it, and it is hoped that this restatement may be of assistance to those who preside at the trial of such cases." [Emphasis added.]

The fact that recent possession entitles, but does not compel, a jury to find the accused guilty of the

soulève une présomption qu'il en est le voleur». Après un examen attentif de la jurisprudence anglaise et américaine, Wigmore conclut que la meilleure position est celle voulant qu'une telle présomption n'existe pas; «... le [TRADUCTION] caractère suffisant de la preuve présentée au jury dépend habituellement des diverses circonstances de chaque affaire» (p. 422). Donc, les auteurs semblent s'entendre pour dire que la possession de biens récemment volés est un fait à partir duquel on peut déduire le vol. La force de cette déduction dépendra de toutes les circonstances d'une affaire en particulier.

La jurisprudence canadienne s'accorde, dans une large mesure, avec la position adoptée par les tribunaux anglais et les auteurs. La Cour suprême du Canada a régulièrement adopté la position que l'importance qu'on doit donner en droit à la possession de biens récemment volés a été énoncé correctement par lord Reading dans *R. v. Schama and Abramovitch* (1914), 11 Cr. App. R. 45, à la p. 49 (voir *Richler v. The King*, [1939] R.C.S. 101, *Ungaro v. The King*, [1950] R.C.S. 430, *Graham v. The Queen*, [1959] R.C.S. 652, *Tremblay v. La Reine*, [1969] R.C.S. 431, *R. c. Graham*, [1974] R.C.S. 206, et *R. c. Newton*, [1977] 1 R.C.S. 399). Dans cet arrêt, lord Reading a donné la directive suivante au jury:

[TRADUCTION] «Quand l'accusé est inculpé de recel de biens récemment volés, si le ministère public a prouvé la possession par l'accusé et prouvé que les biens ont été récemment volés, il faut dire au jury qu'il peut, non pas qu'il doit, à défaut de toute explication raisonnable, déclarer l'accusé coupable. Mais s'il existe une explication qui pourrait être vraie, il appartient au jury de dire, d'après l'ensemble de la preuve, si l'accusé est coupable ou non; c'est-à-dire que si le jury croit, bien qu'il ne soit pas convaincu qu'elle l'est, l'accusé a droit à un acquittement parce que le ministère public n'a pas satisfait au *fardeau* qui lui incombe de convaincre le jury, hors de tout doute raisonnable, de la culpabilité de l'accusé. Ce *fardeau* ne se déplace jamais, il incombe toujours au ministère public. Tel est le droit. La Cour n'énonce pas un principe nouveau, elle ne fait que le formuler à nouveau et il est à espérer que cette nouvelle formulation sera utile à ceux qui ont à connaître de ce genre d'affaires.» [Je souligne.]

Le fait que la possession de biens récemment volés permet à un jury, sans l'obliger à le faire, de

offence charged is important. It makes it clear that the jury must consider the fact of recent possession in conjunction with all the other relevant circumstances. This conclusion is not surprising. Lord Reading was, after all, simply re-stating the existing English common law position.

It would appear, therefore, that in both English and Canadian law recent possession of stolen goods does not give rise to a legal presumption of guilt of theft or of break, enter and theft. Rather it constitutes a material fact from which an inference of guilt of the more serious offence can be drawn. But the strength of the inference will depend on the surrounding circumstances. This leaves open the issue as to whether such an inference can be drawn when there is no other evidence connecting the accused to the more serious offence.

The difficulty in resolving this issue flows from the fact that the typical case in which recent possession is invoked usually involves other evidence connecting the accused to the offence charged. Indeed, the annotation to *Exall, supra*, suggests "The question never did and never could arise in a dry abstract form, and there are always circumstances to aid or rebut the presumption arising from possession" (p. 925 F. & F., 852 E.R.) It is certainly true that it will be rare for the question to arise in the "abstract form". As we have already seen, the temporal connection between the possession and the theft often constitutes an additional fact supporting the inference that the possessor was also the thief. Assuming, however, that the only evidence connecting the accused to the theft was his possession of the stolen goods, would this be sufficient to justify his conviction of theft?

Some support for the position that the accused cannot be convicted of theft in these circumstances can be drawn from the early cases examined above. As Blackburn J. concluded in *Langmead, supra*, recent possession of stolen goods provides evidence that the accused has "come by [the property]

déclarer l'accusé coupable de l'infraction reprochée est important. Il établit clairement que le jury doit examiner le fait de la possession de biens récemment volés conjointement avec toutes les autres circonstances pertinentes. Cette conclusion n'est pas surprenante. Après tout, lord Reading énonçait simplement de nouveau le point de vue de la *common law* anglaise alors en vigueur.

Par conséquent, il semblerait qu'en droit anglais et canadien la possession de biens récemment volés ne donne pas lieu à une présomption juridique de culpabilité de vol ou de vol avec effraction. Elle constitue plutôt un fait substantiel dont il est possible de déduire la culpabilité à l'égard de l'infraction plus grave. Toutefois, la force de la déduction dépendra des circonstances de l'affaire. La question de savoir si on peut faire une telle déduction en l'absence d'un autre élément de preuve reliant l'accusé à l'infraction plus grave reste entière.

Le problème que pose la réponse à cette question découle du fait que le cas typique où on fait valoir la possession de biens récemment volés comporte habituellement d'autres éléments de preuve reliant l'accusé à l'infraction reprochée. En fait, la note à l'arrêt *Exall*, précité, indique que, [TRADUCTION] «[l]a question ne s'est jamais posée strictement dans l'abstrait et n'aurait jamais pu se poser de cette façon, et il y a toujours des circonstances pour appuyer ou réfuter la présomption qui découle de la possession» (à la p. 925 F. & F., 852 E.R.) Il est certainement vrai que cette question se pose rarement dans l'«abstrait». Comme nous l'avons vu précédemment, le lien temporel entre la possession et le vol constitue souvent un fait supplémentaire qui appuie la déduction portant que le possesseur soit également le voleur. Toutefois, si l'on présume que le seul élément de preuve reliant l'accusé au vol était sa possession des biens volés, cela serait-il suffisant pour justifier qu'il soit déclaré coupable de vol?

La jurisprudence ancienne examinée précédemment peut appuyer jusqu'à un certain point la position selon laquelle l'accusé ne peut être déclaré coupable de vol dans ces circonstances. Comme le juge Blackburn l'a conclu dans l'arrêt *Langmead*, précité, la possession de biens récemment volés

dishonestly . . . but it depends on the surrounding circumstances whether he is guilty of receiving or stealing". It would seem to follow from this that, if there are no further circumstances connecting the accused to the theft, then this offence is not made out against him. This conclusion seems particularly compelling in the Canadian context where there is an offence specifically covering simple possession of stolen goods.

This conclusion is bolstered by dicta in *R. v. Nickerson* (1977), 37 C.C.C. (2d) 337 (N.S.C.A.) Here Macdonald J.A. explained the effect of the doctrine of recent possession at p. 343 as follows:

On the authority of the *Langmead* case it is, in my opinion, initially for the jury, or for the trial Judge if there is no jury, on an overview of all the circumstances to say whether the presumption arising from the recent possession of stolen goods supports a charge of stealing, robbery, break, enter and theft, etc., or only of possession of stolen goods.

The implication here is that recent possession alone is not enough to sustain a guilty verdict of the more serious offence; it only becomes sufficient when combined with inculcating surrounding circumstances.

Nickerson itself was not a case, however, where the fact of recent possession of stolen goods alone was being relied on to found a conviction of break, enter and theft. The facts of the case are stated in the judgment as follows, at p. 344:

In the present case there is no question that a trailer parked on the lot of Eastern Transport Limited was broken into some time between 11:40 p.m., on May 24, 1977, and 12:15 a.m., on May 25, 1977, and four cartons of cigarettes stolen therefrom. Likewise there is no question that the appellant was found in possession of one of such cartons "on the early morning of May 25th" at a location approximately one to one and one-half miles from the location of the trailer. Constable Gunn of the Halifax City Police Force, who apprehended the appellant, testified that he had observed the appellant

constitue la preuve que l'accusé a [TRADUCTION] «obtenu [le bien] malhonnêtement . . . mais la question de savoir s'[il] est coupable de recel ou de vol dépend des circonstances de l'affaire». Il semblerait en découler que s'il n'y a aucune autre circonstance reliant l'accusé au vol, alors cette infraction ne peut lui être reprochée. Cette conclusion semble particulièrement inévitable dans le contexte canadien où il existe une infraction qui vise précisément la simple possession de biens volés.

Cette conclusion est appuyée par une opinion incidente dans l'arrêt *R. v. Nickerson* (1977), 37 C.C.C. (2d) 337 (C.A.N.-É.) Dans cette affaire, le juge Macdonald a expliqué ainsi l'effet de la théorie de la possession de biens récemment volés à la p. 343:

[TRADUCTION] Selon la jurisprudence établie par l'arrêt *Langmead*, j'estime qu'il incombe d'abord au jury ou au juge du procès s'il n'y a pas de jury, après avoir considéré toutes les circonstances, de dire si la présomption qui découle de la possession de biens récemment volés justifie une accusation de vol, de vol qualifié, de vol avec effraction, etc., ou seulement une accusation de possession de biens volés.

Ce qui découle de cette affaire, c'est qu'à elle seule la possession de biens récemment volés n'est pas suffisante pour justifier un verdict de culpabilité de l'infraction plus grave; elle ne devient suffisante que si elle est combinée avec des circonstances incriminantes.

Toutefois, l'arrêt *Nickerson* lui-même n'était pas une affaire où on s'est fondé sur le seul fait de la possession de biens récemment volés pour prononcer une déclaration de culpabilité de vol avec effraction. Les faits de l'affaire sont énoncés dans l'arrêt de la manière suivante, à la p. 344:

[TRADUCTION] En l'espèce, il est incontestable qu'on est entré par effraction dans une roulotte stationnée sur le terrain de Eastern Transport Limited entre 23 h 40 le 24 mai 1977 et 00 h 15 le 25 mai 1977 et qu'on y a dérobé quatre cartouches de cigarettes. De même, il est incontestable que l'appellant a été trouvé en possession de l'une de ces cartouches «tôt le matin du 25 mai» dans un endroit situé à environ un mille et demi de la roulotte. L'agent Gunn du service de police de la ville de Halifax qui a appréhendé l'appellant, a déposé qu'il avait

carrying the carton of cigarettes on his shoulder, that: . . .

Thus, the accused came very close to being caught red-handed. He was close to the scene of the break and enter both in time and place and he had a carton of the stolen cigarettes on his shoulder. Accordingly, although the fact of recent possession of stolen goods would not by itself have justified a conviction of break, enter and theft, it did justify a conviction when coupled with the surrounding circumstances.

This approach seems to be in accordance with the case law and with the structure of the *Criminal Code* provisions relating to theft. The fact of recent possession of stolen goods may, when coupled with other inculpatory circumstances, justify convicting the possessor of the offence by which the goods were illegally obtained. Absent these additional inculpatory circumstances, only a conviction for possession of stolen goods (s. 312 of the *Criminal Code*) is justified.

IV Applying the Rule

In the present case the trial judge stated that, absent the doctrine of recent possession, he would not have been able to convict the accused of break, enter and theft. By an application of the doctrine, however, the trial judge found that he was able to convict Kowlyk of break, enter and theft despite the fact that there was no evidence to indicate whether the accused had committed that offence or whether he had merely committed the offence of possession.

The majority of the Manitoba Court of Appeal upheld Kowlyk's conviction. Monnin C.J.M. simply stated that he was satisfied that the trial judge "reached the proper conclusion and did not misdirect himself in any respect on any aspect of the case". O'Sullivan J.A. also believed that the appeal should be dismissed. He held explicitly that the conviction was only possible because of the doctrine of recent possession, stating at pp. 124-25:

remarqué que l'appelant transportait la cartouche de cigarettes sur son épaule . . .

Donc, on était venu très près de prendre l'accusé en flagrant délit. Il se trouvait près du lieu de l'introduction par effraction et peu après qu'elle eut été perpétrée et il avait une cartouche des cigarettes volées sur son épaule. Par conséquent, même si le fait de posséder des biens récemment volés n'avait pas en soi justifié une déclaration de culpabilité de vol avec effraction, il justifiait une déclaration de culpabilité lorsqu'il était joint aux circonstances de l'affaire.

Cette position semble conforme à la jurisprudence et à l'ensemble des dispositions du *Code criminel* relatives au vol. Le fait de posséder des biens récemment volés peut, lorsqu'il est joint à d'autres circonstances incriminantes, justifier de déclarer le possesseur coupable de l'infraction par laquelle les biens ont été obtenus illégalement. En l'absence de ces autres circonstances incriminantes, seule une déclaration de culpabilité de possession de biens volés (art. 312 du *Code criminel*) est justifiée.

IV Application de la règle

En l'espèce, le juge du procès a déclaré que, n'eût été la théorie de la possession de biens récemment volés, il n'aurait pas été en mesure de déclarer l'accusé coupable de vol avec effraction. Toutefois, par application de la théorie, le juge du procès a conclu qu'il était en mesure de déclarer Kowlyk coupable de vol avec effraction malgré l'absence d'un élément de preuve indiquant que l'accusé avait commis cette infraction ou qu'il avait simplement commis l'infraction de possession.

La Cour d'appel du Manitoba, à la majorité, a maintenu la déclaration de culpabilité de Kowlyk. Le juge en chef Monnin du Manitoba a simplement dit qu'il était convaincu que le juge du procès [TRADUCTION] «est arrivé à la bonne conclusion et ne s'est trompé sur aucun des aspects de l'affaire». Le juge O'Sullivan était également d'avis que l'appel devait être rejeté. Il a conclu explicitement que la déclaration de culpabilité n'était possible qu'en raison de la théorie de la possession de biens récemment volés, aux pp. 124 et 125:

I think it is quite impossible to say in this case beyond doubt whether the accused was a thief or only a possessor.

In my opinion, the doctrine of recent possession is that, where the doctrine applies, an accused may be found guilty of either theft or unlawful possession, even though it remains quite impossible to say of which he is guilty. The law is that where a jury is in no doubt that the accused is guilty of one or the other of these offences, the jury may convict even though it has reasonable doubt as to which to convict of. [Emphasis added.]

This characterization of the doctrine of recent possession, explicit in O'Sullivan J.A.'s judgment and implicit in those of the trial judge and of Monnin C.J.M., constitutes reversible error.

The case law indicates that the fact of recent possession entitles a jury to enter a verdict of guilty of the offence of break, enter and theft if the circumstances of the case establish guilt beyond a reasonable doubt. The cases do not stand for the proposition that the fact of recent possession allows a conviction for break, enter and theft where it is "quite impossible" (to use the words of O'Sullivan J.A.) to determine whether the accused committed the offence or not.

V Conclusion

In the present appeal there is no evidence connecting the accused to the break, enter and theft other than his possession of the stolen goods. This by itself cannot found a conviction for the more serious offence. I would therefore allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and quash the accused's conviction.

Appeal dismissed, WILSON J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Martin D. Glazer, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg

[TRADUCTION] Je suis d'avis qu'il est absolument impossible d'affirmer hors de tout doute en l'espèce que l'accusé était un voleur ou seulement une personne en possession des biens volés.

À mon avis, la théorie de la possession de biens récemment volés porte que, lorsqu'elle s'applique, un accusé peut être déclaré coupable soit de vol, soit de recel, même s'il demeure absolument impossible de dire de quelle infraction il est coupable. Il est de règle que, lorsqu'un jury conclut hors de tout doute que l'accusé est coupable de l'une ou l'autre de ces infractions, il peut le déclarer coupable même s'il a un doute raisonnable quant à l'infraction dont il doit le déclarer coupable. [Je souligne.]

Cette caractérisation de la théorie de la possession de biens récemment volés, qui est explicite dans les motifs du juge O'Sullivan et implicite dans ceux du juge du procès et du juge en chef Monnin, constitue une erreur donnant lieu à réformation.

La jurisprudence indique que le fait de posséder des biens récemment volés permet au jury de prononcer un verdict de culpabilité relativement à l'infraction de vol avec effraction si les circonstances de l'affaire établissent la culpabilité hors de tout doute raisonnable. La jurisprudence n'appuie pas l'argument selon lequel le fait de posséder des biens récemment volés permet une déclaration de culpabilité de vol avec effraction lorsqu'il est «absolument impossible» (pour reprendre les termes du juge O'Sullivan) de déterminer si l'accusé a commis une infraction.

g V Conclusion

En l'espèce, il n'y a aucun élément de preuve reliant l'accusé au vol avec effraction autre que la possession par celui-ci de biens volés. Cet élément de preuve ne peut justifier en soi une déclaration de culpabilité relativement à l'infraction plus grave. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et d'annuler la déclaration de culpabilité de l'accusé.

Pourvoi rejeté, le juge WILSON est dissidente.

Procureur de l'appellant: Martin D. Glazer, Winnipeg.

Procureur de l'intimée: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Attorney General of Quebec *Appellant*

v.

Nancy Forget *Respondent*

and

Office de la langue française *Mis en cause*

and

Corporation professionnelle des infirmiers et infirmières auxiliaires du Québec *Mis en cause*

INDEXED AS: FORGET v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 19091.

1987: December 14; 1988: September 1.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Appeal — Moot issue — Respondent unable to obtain remedy sought whatever outcome of appeal — Whether issue moot — Whether issue raised sufficiently important for Court to rule on its merits.

Administrative law — Regulations — Discrimination — Subdelegation — Knowledge of French necessary to obtain a permit from a professional corporation — Regulations creating presumption of appropriate knowledge of French for candidates who have taken three years of instruction in French at secondary level or later — Persons unable to benefit from the presumption must pass a French test prepared by a committee — Whether Regulations discriminatory and contrary to s. 10 of the Charter of human rights and freedoms — Whether Regulations discriminatory from an administrative standpoint — Whether Regulations contain unauthorized subdelegation of powers — Charter of the French language, R.S.Q. 1977, c. C-11, ss. 35, 114(d) — Regulation respecting the knowledge of the official language necessary to obtain a permit from a professional corporation, (1977) 109 G.O. II 4627, ss. 2(a), 3.

* Estey J. took no part in the judgment.

Le procureur général du Québec *Appelant*

c.

Nancy Forget *Intimée*

a

et

L'Office de la langue française *Mis en cause*

b

La Corporation professionnelle des infirmiers et infirmières auxiliaires du Québec *Mise en cause*

c RÉPERTORIÉ: FORGET c. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 19091.

d 1987: 14 décembre; 1988: 1 septembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain, La Forest et L'Heureux-Dubé.

e EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Appel — Question théorique — Impossibilité pour l'intimée d'obtenir la réparation demandée peu importe l'issue du pourvoi — La question est-elle théorique? — La question soulevée est-elle suffisamment importante pour que la Cour se prononce sur le fond du litige?

Droit administratif — Règlement — Discrimination — Sous-délégation — Connaissance du français nécessaire pour obtenir permis d'un ordre professionnel — Règlement établissant une présomption de connaissance appropriée de la langue française pour les personnes ayant suivi trois années d'enseignement en français à compter du niveau secondaire — Obligation pour les personnes ne pouvant se prévaloir de la présomption de réussir un examen de français préparé par un comité — Le règlement est-il discriminatoire et incompatible avec l'art. 10 de la Charte des droits et libertés de la personne? — Le règlement est-il discriminatoire au sens du droit administratif? — Le règlement comporte-t-il une sous-délégation illégale de pouvoirs — Charte de la langue française, L.R.Q. 1977, chap. C-11, art. 35, 114d) — Règlement relatif à la connaissance de la langue officielle nécessaire pour l'obtention d'un permis d'un ordre professionnel, (1977) 109 G.O. II 4627, art. 2a), 3.

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

In order to practise her profession as a nursing assistant in Quebec, respondent needs a permit from the Corporation professionnelle des infirmiers et infirmières auxiliaires du Québec. Under section 35 of the *Charter of the French language*, a professional corporation may not issue permits "except to persons whose knowledge of the official language is appropriate to the practice of their profession". This section also empowers the Office de la langue française to provide, by regulation, for the holding of examinations and the issuance of certificates. Section 2(a) of the *Regulation respecting the knowledge of the official language necessary to obtain a permit from a professional corporation* creates a presumption of appropriate knowledge of French for candidates who have "taken at least three years of full time instruction given in French, at the secondary level or later". Persons not having this training—like respondent—had to hold a certificate establishing their working knowledge of French based on an examination. Under section 3 of the Regulations, the examinations are prepared by a committee in accordance with the criteria determined by the Office de la langue française.

Unable to pass the written French examination, respondent presented a motion in the Superior Court for a declaratory judgment declaring ss. 2(a) and 3 of the Regulations void and declaring her exempt from any written test which is clearly unrelated to the practice of her profession. In her motion, respondent maintained that (1) ss. 2(a) and 3 are discriminatory and contrary to s. 10 of the *Charter of human rights and freedoms*; (2) ss. 2(a) and 3 are discriminatory because s. 35 of the *Charter of the French language* does not empower the Office de la langue française to enact regulations that distinguish between classes of candidates; and (3) s. 3 contains an unauthorized subdelegation of powers. The Superior Court dismissed the motion. On appeal, a majority of the Court of Appeal allowed the appeal but solely to invalidate ss. 2(a) and 3 of the Regulations.

Between the hearing and the judgment of the Court of Appeal, s. 35 of the *Charter of the French language* was amended, *inter alia*, by incorporating a modified version of s. 2(a) of the Regulations. The requirement for a knowledge of French appropriate to practise a profession in Quebec has not been altered, however, and the regulations adopted under the former section have neither been repealed nor replaced.

Appellant asked this Court to declare ss. 2(a) and 3 of the Regulations valid. Respondent for her part added a new conclusion to her motion and asked this Court to declare that she is entitled to practise her profession

Pour exercer sa profession d'infirmière auxiliaire au Québec, l'intimée doit détenir un permis de la Corporation professionnelle des infirmiers et infirmières auxiliaires du Québec. En vertu de l'art. 35 de la *Charte de la langue française*, un ordre professionnel ne peut délivrer un permis «qu'à des personnes ayant de la langue officielle une connaissance appropriée à l'exercice de leur profession». Cet article habilite également l'Office de la langue française à pourvoir, par règlements, à la tenue d'examens et à la délivrance d'attestations. L'alinéa 2a) du *Règlement relatif à la connaissance de la langue officielle nécessaire pour l'obtention d'un permis d'un ordre professionnel* a établi une présomption de connaissance appropriée de la langue française en faveur des candidats ayant «suivi, à temps plein, à compter du secondaire, au moins trois années d'enseignement donné en français». Les personnes ne possédant pas cette scolarité—c'est le cas de l'intimée—devaient être titulaires d'une attestation établissant leur connaissance d'usage de la langue française sur foi d'un examen. En vertu de l'art. 3 du *Règlement*, les examens sont établis par un comité selon des normes fixées par l'Office de la langue française.

Incapable de réussir l'examen de français écrit, l'intimée a présenté en Cour supérieure une requête en jugement déclaratoire pour que soient déclarés nuls l'al. 2a) et l'art. 3 du *Règlement* et pour qu'elle soit déclarée exempte de toute épreuve écrite n'ayant manifestement aucun rapport avec l'exercice de sa profession. Dans sa requête, l'intimée a soutenu que (1) l'al. 2a) et l'art. 3 sont discriminatoires et incompatibles avec l'art. 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*; (2) l'al. 2a) et l'art. 3 sont discriminatoires parce que l'art. 35 de la *Charte de la langue française* n'habilite pas l'Office de la langue française à édicter des règlements qui distinguent entre classes de postulants; et (3) l'art. 3 comporte une sous-délégation illégale de pouvoirs. La Cour supérieure a rejeté la requête. En appel, la Cour d'appel a majoritairement accueilli le pourvoi mais uniquement pour déclarer illégaux l'al. 2a) et l'art. 3 du *Règlement*.

Entre l'audition et le jugement de la Cour d'appel, l'art. 35 de la *Charte de la langue française* a été modifié, entre autres, en y incorporant une version modifiée de l'al. 2a) du *Règlement*. L'exigence d'une connaissance appropriée du français pour exercer une profession au Québec n'a toutefois pas été altérée et les règlements en vigueur sous l'ancien article n'ont été ni abrogés ni remplacés.

Devant cette Cour, l'appelant a demandé que l'al. 2a) et l'art. 3 du *Règlement* soient déclarés valides. L'intimée, de son côté, a ajouté une nouvelle conclusion à sa requête et demandé à cette Cour de la déclarer admissi-

without having to take a French test. In view of the amendment to s. 35, the question of whether the issue had become moot was raised by the Court.

Held (Dickson C.J. and Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

(1) *Whether Issue Moot*

Per Beetz, McIntyre, Lamer, Le Dain and La Forest JJ.: This issue is not moot. Though respondent cannot obtain the remedy sought because she is not disputing the validity of s. 35 of the *Charter of the French language*, the discrimination issue she raises is sufficiently important for this Court to rule on its merits. Despite the amendment made to s. 35, ss. 2(a) and 3 of the Regulations have not been repealed and remain in effect. Further, the fact that the distinctions created by the Regulations are now in s. 35 does not mean that they cease to be discriminatory, if such is the case. The question of discrimination remains therefore very important and present.

In any event, even if the appeal were pointless so far as respondent is concerned, the question of whether the issue is moot should be determined in light of the appellant's, not the respondent's, interests. If this Court refuses to address the issue, the Court of Appeal judgment will stand. The Government of Quebec has an interest in a ruling by this Court on the validity of its actions since the Regulations were adopted. Moreover, these are generally applicable provisions; the problem of discrimination therefore does not affect respondent alone, but may arise in respect of every professional candidate. The issue is therefore not moot so far as Quebec is concerned and this Court has a duty to consider it on its merits.

Per Dickson C.J. and Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. (dissenting): Respondent did not dispute the validity of s. 35 of the *Charter of the French language*. The declaration of invalidity of ss. 2(a) and 3 of the Regulations, even if affirmed by this Court, would therefore not have the effect of requiring the professional corporation mis en cause to admit respondent to the practice of her profession or of enabling respondent to practise her profession without being first required to establish that she had "knowledge of the official language appropriate to the practice of [her] profession". Whether appellant wins or loses, respondent will not be able to practise her profession without holding a certificate of appropriate knowledge of the official language provided for in s. 35 and in the Regulations still in effect. It is further clear

ble à pratiquer sa profession sans avoir à subir d'épreuve de français. Vu la modification apportée à l'art. 35, la question de savoir si le débat est devenu théorique a été soulevée par la Cour.

Arrêt (le juge en chef Dickson et les juges Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

1) *La question est-elle théorique?*

Les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Le Dain et La Forest: Le présent débat n'est pas théorique. Bien que l'intimée ne puisse obtenir la réparation qu'elle demande parce qu'elle n'a pas contesté le bien-fondé de l'art. 35 de la *Charte de la langue française*, la question de discrimination qu'elle soulève est d'une importance suffisante pour que cette Cour se prononce sur le fond du litige. Malgré la modification apportée à l'art. 35, l'al. 2a) et l'art. 3 du Règlement ne sont pas abrogés et demeurent en vigueur. En outre, ce n'est pas parce que les distinctions créées par le Règlement se retrouvent maintenant à l'art. 35 qu'elles cessent d'être discriminatoires, si discrimination il y a. La question de discrimination conserve donc toute son importance et son actualité.

De toute façon, même si le pourvoi était sans objet pour l'intimée, la question de savoir si le débat est théorique ou non se détermine en fonction des intérêts de l'appelant et non de l'intimée. Si cette Cour refuse de se pencher sur le litige, la décision de la Cour d'appel demeurera. Or, le gouvernement du Québec a droit à ce que cette Cour se prononce sur la validité de ses actes depuis l'adoption du Règlement. De plus, il s'agit de dispositions d'application générale; le problème de discrimination ne concerne donc pas uniquement l'intimée, mais risque de se poser à l'égard de chaque aspirant professionnel. Le débat n'est donc pas théorique pour le Québec et cette Cour a le devoir d'examiner le fond du litige.

Le juge en chef Dickson et les juges Wilson et L'Heureux-Dubé (dissidents): L'intimée n'a pas contesté la validité de l'art. 35 de la *Charte de la langue française*. La déclaration d'illégalité de l'al. 2a) et de l'art. 3 du Règlement, même si elle était confirmée par cette Cour, ne saurait donc avoir comme conséquence d'obliger la corporation professionnelle mise en cause à admettre l'intimée à l'exercice de sa profession ou de permettre à l'intimée d'exercer sa profession sans que celle-ci ne soit obligée de faire la preuve qu'elle a «de la langue officielle une connaissance appropriée à l'exercice [de sa] profession». En effet, que l'appelant obtienne gain de cause ou qu'il soit débouté, l'intimée ne pourra pas exercer sa profession sans détenir l'attestation de connaissance appropriée de la langue officielle prévue à

that in terms of the legislation, which has now been substantially amended, the question can only be an academic one. Consequently, since the appeal has become irrelevant and as there is no important point of law to be decided which would be in the public interest or in the interests of the sound administration of justice, there is no basis to rule on the merits of this appeal.

Per Dickson C.J. (dissenting): The appeal should be quashed. However, were it necessary to decide, I would agree with the reasons of the majority on the merits.

Per Wilson J. (dissenting): The appeal is moot and should be quashed. A finding of mootness, however, is not necessarily a barrier to this Court's deciding the case on the merits instead of quashing it. It is in the discretion of the Court. If the majority of the Court decided to exercise its discretion in favour of hearing the case on the merits, I would have agreed with its disposition on the merits.

(2) *Discrimination and Subdelegation*

Per Beetz, McIntyre, Lamer, Le Dain and La Forest JJ.: It appears from s. 10 of the *Charter of human rights and freedoms* that three elements are necessary to establish discrimination: (1) a "distinction, exclusion or preference", (2) based on one of the grounds listed in s. 10, and (3) which "has the effect of nullifying or impairing" the right to full and equal recognition and exercise of a human right or freedom. In this case, s. 2(a) and 3 of the Regulations are not discriminatory or contrary to s. 10 of the *Charter* since the distinction made by s. 2(a) does not meet the third criterion. The distinction between candidates benefiting from the presumption of appropriate knowledge of French and those who must take the test is based on language, one of the criteria found in s. 10. The two groups of candidates that result from this distinction are divided generally along language lines. However, in view of the undisputed requirement of s. 35 of the *Charter of French language* that candidates have a knowledge of French, Regulations that make distinctions to take account of the language skills of individuals do not impair the right to full equality. "Non-francophones" are not prohibited from joining a professional corporation on grounds that are arbitrary and have nothing to do with the required aptitudes. On the contrary, the Regulations enacted by the Office de la langue française allow them to show that they possess the necessary skills to be admitted to a professional corporation.

l'art. 35 et au Règlement toujours en vigueur. Il est évident, par ailleurs, que sur le plan de la législation, maintenant substantiellement modifiée, le débat ne peut être que théorique. En conséquence, puisque le débat est devenu sans objet, en l'absence de question de droit importante qu'il faudrait trancher dans l'intérêt public ou pour la bonne administration de la justice, il n'y a pas lieu de se prononcer sur le fond du pourvoi.

Le juge en chef Dickson (dissent): Le pourvoi doit être annulé. Toutefois, s'il était nécessaire d'en décider, je souscrirais aux motifs de la majorité sur le fond.

Le juge Wilson (dissidente): Le pourvoi est théorique et doit être annulé. Toutefois, une conclusion qu'un pourvoi n'a qu'un intérêt théorique n'empêche pas nécessairement cette Cour de statuer sur le fond plutôt que d'annuler le pourvoi. Cela relève du pouvoir discrétionnaire de la Cour. Si la majorité de cette Cour décidait d'exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur d'une audience sur le fond, je souscrirais à la façon dont elle statue sur le fond.

2) *Discrimination et sous-délégation*

Les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Le Dain et La Forest: À la lecture de l'art. 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, trois éléments doivent être présents pour qu'il y ait discrimination: (1) une «distinction, exclusion ou préférence», (2) fondée sur l'un des motifs énumérés à l'art. 10 et (3) qui «a pour effet de détruire ou de compromettre» le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne. En l'espèce, l'al. 2a) et l'art. 3 du Règlement ne sont pas discriminatoires et incompatibles avec l'art. 10 de la *Charte* puisque la distinction établie par l'al. 2a) ne satisfait pas au troisième critère. La distinction entre les postulants qui bénéficient de la présomption de connaissance appropriée du français et ceux qui doivent passer l'examen repose sur la langue, un des motifs énumérés à l'art. 10. En effet, les deux groupes de postulants qui résultent de cette distinction se délimitent d'une manière générale, en fonction d'un critère linguistique. Toutefois, vu l'exigence non contestée prévue à l'art. 35 de la *Charte de la langue française*, selon laquelle les postulants doivent posséder une connaissance appropriée du français, le Règlement qui établit des distinctions pour tenir compte du bagage linguistique de chacun ne compromet pas le droit à la pleine égalité. Les «non-francophones» ne sont pas empêchés de se joindre à une corporation professionnelle pour des motifs arbitraires et qui n'ont rien à voir avec les aptitudes requises. Au contraire, le Règlement édicté par l'Office de la langue française leur permet de démontrer qu'ils possèdent les qualités nécessaires pour accéder à une corporation professionnelle.

Sections 2(a) and 3 of the Regulations are not discriminatory from an administrative standpoint either. Section 35 of the *Charter of the French language* empowers the Office de la langue française to enact regulations that distinguish between classes of candidates. In giving the Office the right to establish by regulation various methods of assessing knowledge of French, including the holding of examinations and issuing of certificates, this section by implication has conferred on the Office the power to make such a distinction. The presumption made in s. 2(a) of the Regulations is reasonable and justified in the context of the objective sought by s. 35 and it is not for this Court to alter it.

Section 3 of the Regulations does not contain an unauthorized subdelegation of powers when it provides that the tests will be prepared by a committee since s. 114(d) of the *Charter of the French language* expressly authorizes the Office de la langue française to create committees to assist it in carrying out its function. This committee's function is purely administrative and consists essentially in preparing examinations reflecting the knowledge of French appropriate to the exercise of each profession in accordance with the criteria determined by the Office. The fact that s. 3 does not specify a passing grade is not a sufficient basis for concluding that there was an unauthorized subdelegation.

Cases Cited

By Lamer J.

Applied: *Johnson v. Commission des affaires sociales*, [1984] C.A. 61; *City of Montréal v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368; **referred to:** *Kruse v. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Sun Life Assurance Co. of Canada v. Jervis, [1944] A.C. 111; *Archbald v. Delisle* (1895), 25 S.C.R. 1; *McKay v. Township of Hinchinbrooke* (1894), 24 S.C.R. 55; *Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117; *The King ex rel. Tolfree v. Clark*, [1944] S.C.R. 69; *Coca-Cola Co. of Canada Ltd. v. Mathews*, [1944] S.C.R. 385; *Re Collins and The Queen* (1973), 13 C.C.C. (2d) 172; *Re Cadeddu and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 481; *Vic Restaurant Inc. v. City of Montreal*, [1959] S.C.R. 58; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders'*

L'alinéa 2a) et l'art. 3 du Règlement ne sont pas non plus discriminatoires au sens du droit administratif. L'article 35 de la *Charte de la langue française* habilite l'Office de la langue française à édicter des règlements qui distinguent entre classes de postulants. En donnant à l'Office le droit d'établir, par règlements, diverses façons permettant d'évaluer la connaissance du français, notamment par la tenue d'examens et la délivrance d'attestations, cet article a conféré implicitement à l'Office le pouvoir de faire cette distinction. La présomption établie à l'al. 2a) du Règlement est raisonnable et justifiée dans le cadre de l'objectif visé à l'art. 35 et il n'appartient pas à cette Cour de la modifier.

L'article 3 du Règlement ne comporte pas une sous-délégation illégale de pouvoirs en prévoyant la préparation des examens par un comité puisque l'al. 114d) de la *Charte de la langue française* autorise expressément l'Office de la langue française à créer des comités pour l'aider dans l'accomplissement de sa tâche. La fonction de ce comité est purement administrative et consiste essentiellement à préparer les examens reflétant la connaissance du français appropriée à l'exercice de chaque profession selon les normes fixées par l'Office. Le fait que l'art. 3 ne prévoit pas une note de passage n'est pas un motif suffisant pour conclure à une sous-délégation illégale.

Jurisprudence

Citée par le juge Lamer

Arrêts appliqués: *Johnson c. Commission des affaires sociales*, [1984] C.A. 61; *Ville de Montréal c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368; **arrêts mentionnés:** *Kruse v. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

Sun Life Assurance Co. of Canada v. Jervis, [1944] A.C. 111; *Archbald v. Delisle* (1895), 25 R.C.S. 1; *McKay v. Township of Hinchinbrooke* (1894), 24 R.C.S. 55; *Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117; *The King ex rel. Tolfree v. Clark*, [1944] R.C.S. 69; *Coca-Cola Co. of Canada Ltd. v. Mathews*, [1944] R.C.S. 385; *Re Collins and The Queen* (1973), 13 C.C.C. (2d) 172; *Re Cadeddu and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 481; *Vic Restaurant Inc. v. City of Montreal*, [1959] R.C.S. 58; *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders'*

Exchange, [1967] S.C.R. 628; *Re: Objection to a resolution to amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Charter of the French language, S.Q. 1983, c. 56, ss. 9, 50.

Charter of human rights and freedoms, R.S.Q. 1977, c. C-12, ss. 10 [am. 1978, c. 7, s. 112], 16, 17.

Charter of the French language, R.S.Q. 1977, c. C-11, ss. 35, 114(a), (d).

Professional Code, R.S.Q. 1977, c. C-26, ss. 1(f), 36(p).

Regulation respecting the knowledge of the official language necessary to obtain a permit from a professional corporation, O.C. 2851-77, (1977) 109 G.O. II 4627 [now R.R.Q. 1981, c. C-11, r. 2], ss. 2 to 11.

Authors Cited

Abella, Rosalie S. *Report of the Commission on Equality in Employment*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.

Proulx, Daniel. "Égalité et discrimination dans la Charte des droits et libertés de la personne: étude comparative" (1980), 10 *R.D.U.S.* 381.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1984] C.A. 492, 7 Admin. L.R. 268, setting aside a judgment of the Superior Court, J.E. 82-704. Appeal allowed, Dickson C.J. and Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting.

Pierre Lemieux and André Gaudreau, for the appellant and the mis en cause the Office de la langue française.

Julius Grey and Lynne-Marie Casgrain, for the respondent.

Monique Beaudoin, for the mis en cause the Corporation professionnelle des infirmiers et infirmières auxiliaires du Québec.

The following are the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting)—I agree with my colleague Justice L'Heureux-Dubé and for the reasons she gives, I would quash this appeal on the ground that it is moot. I should add, however, that I have also considered the reasons of my colleague Justice Lamer and were it necessary to decide, I

Exchange, [1967] R.C.S. 628; *Re: Opposition à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793.

Lois et règlements cités

Charte de la langue française, L.R.Q. 1977, chap. C-11, art. 35, 114a), d).

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q. 1977, chap. C-12, art. 10 [mod. 1978, chap. 7, art. 112], 16, 17.

Code des professions, L.R.Q. 1977, chap. C-26, art. 1f), 36p).

Loi modifiant la Charte de la langue française, L.Q. 1983, chap. 56, art. 9, 50.

Règlement relatif à la connaissance de la langue officielle nécessaire pour l'obtention d'un permis d'un ordre professionnel, A.C. 2851-77, (1977) 109 G.O. II 4627 [maintenant R.R.Q. 1981, chap. C-11, r. 2], art. 2 à 11.

Doctrine citée

Abella, Rosalie S. *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi*. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services du Canada, 1984.

Proulx, Daniel. «Égalité et discrimination dans la Charte des droits et libertés de la personne: étude comparative» (1980), 10 *R.D.U.S.* 381.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1984] C.A. 492, 7 Admin. L.R. 268, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, J.E. 82-704. Pourvoi accueilli, le juge en chef Dickson et les juges Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidents.

Pierre Lemieux et André Gaudreau, pour l'appelant et le mis en cause l'Office de la langue française.

Julius Grey et Lynne-Marie Casgrain, pour l'intimée.

Monique Beaudoin, pour la mise en cause la Corporation professionnelle des infirmiers et infirmières auxiliaires du Québec.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF (dissident)—Je suis d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé et, pour les motifs qu'elle donne, je suis d'avis d'annuler ce pourvoi étant donné qu'il est théorique. J'ajouterais cependant que j'ai aussi examiné les motifs de mon collègue le juge Lamer et que, s'il était nécessaire

would agree with his disposition of the substantive issues raised by the appeal.

English version of the judgment of Beetz, McIntyre, Lamer, Le Dain and La Forest JJ. delivered by

LAMER J.—This appeal is concerned with the validity of ss. 2(a) and 3 of the *Regulation respecting the knowledge of the official language necessary to obtain a permit from a professional corporation*, O.C. 2851-77, (1977) 109 G.O. II 4627 (hereinafter the Regulations) adopted by the Office de la langue française (hereinafter the Office).

L'Heureux-Dubé J. has summarized the facts and the judgments of the lower courts. I will therefore not repeat them here. With respect for the contrary view, I am of the opinion that the issue is not moot and moreover that the appeal should be allowed.

L'Heureux-Dubé J. concluded that this Court should not rule on the merits of the issue, as whatever its outcome respondent could not obtain the remedy sought, namely the right to practise her profession. Respondent is not disputing the validity of s. 35 of the *Charter of the French language*, R.S.Q. 1977, c. C-11, which requires knowledge of French appropriate to the practice of a profession. She is only challenging the validity of the Regulations providing for various methods of assessing such knowledge. Accordingly, even if she wins her case, respondent would not have the right to practise her profession in view of the undisputed requirement contained in the Act. Respondent's main argument in support of the invalidity of the Regulations was that they are discriminatory and contrary to the *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q. 1977, c. C-12. The discrimination issue is central to these proceedings; though in the case at bar the alleged victim cannot obtain the remedy sought, the issue she raises is in my opinion sufficiently important for this Court to rule on it. The new s. 35 of the *Charter of the French language* now substantially reproduces the content of s. 2(a) of the Regulations. However, the grounds of challenge put forward by respondent do not all become moot on that account. Despite the

d'en décider, je souscrirais à la façon dont il tranche les questions de fond soulevées en l'espèce.

Le jugement des juges Beetz, McIntyre, Lamer, Le Dain et La Forest a été rendu par

LE JUGE LAMER—Ce pourvoi porte sur la validité de l'al. 2a) et de l'art. 3 du *Règlement relatif à la connaissance de la langue officielle nécessaire pour l'obtention d'un permis d'un ordre professionnel*, A.C. 2851-77, (1977) 109 G.O. II 4627 (ci-après le Règlement), adopté par l'Office de la langue française (ci-après l'Office).

Le juge L'Heureux-Dubé a résumé les faits et les jugements des instances inférieures. Je m'abstiendrai donc de les répéter ici. Avec respect pour l'opinion contraire, je suis d'avis que le débat n'est pas théorique et, de plus, que le pourvoi doit être accueilli.

Ma collègue estime que cette Cour ne devrait pas se prononcer sur le fond du litige, car peu importe l'issue de celui-ci, l'intimée ne pourra obtenir la réparation revendiquée, soit le droit d'exercer sa profession. En effet, l'intimée ne conteste pas le bien-fondé de l'art. 35 de la *Charte de la langue française*, L.R.Q. 1977, chap. C-11, qui exige une connaissance de la langue française appropriée à l'exercice d'une profession. Elle n'attaque que la validité des dispositions réglementaires prévoyant les modes d'évaluation de cette connaissance. Ainsi, même en obtenant gain de cause, l'intimée n'aurait pas le droit d'exercer sa profession, vu l'exigence non contestée qu'édicte la loi. Au soutien de l'invalidité des dispositions réglementaires, l'intimée plaide principalement que celles-ci sont discriminatoires et contraires à la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. 1977, chap. C-12. La question de discrimination se situe au cœur du présent débat; bien que la prétendue victime ne puisse, en l'espèce, obtenir la réparation demandée, la question qu'elle soulève est, selon moi, d'une importance suffisante pour que cette Cour se prononce à cet égard. Certes, le nouvel art. 35 de la *Charte de la langue française* reprend aujourd'hui substantiellement le contenu de l'al. 2a) du Règlement. Toutefois, les motifs de

amendment made to s. 35 of the Act, ss. 2(a) and 3 of the Regulations have not been repealed and remain in effect. Further, the fact that the distinctions created by the Regulations are now in the Act does not mean that they cease to be discriminatory, if such is the case. The question of discrimination remains therefore very important and present.

However, and more importantly, even if the appeal were pointless so far as respondent is concerned, it is not respondent who is appealing the Court of Appeal judgment. It is the Attorney General of Quebec who is appealing from that decision: the question of whether the issue is moot is determined in light of the appellant's interests. If this Court refuses to address the issue, the Court of Appeal judgment declaring void the relevant sections of the Regulations, both under administrative law and under the *Charter of human rights and freedoms*, will stand. I consider that the Government of Quebec has an interest in a ruling by this Court on the validity of its actions since the Regulations were adopted. Moreover, these are generally applicable provisions: the problem of discrimination does not affect respondent alone, but may arise in respect of every professional candidate. In my view, therefore, the issue is not moot so far as Quebec is concerned and it is our duty to consider it on its merits.

The questions raised by this appeal are as follows:

- (1) Are sections 2(a) and 3 of the Regulations discriminatory:
 - contrary to the *Charter of human rights and freedoms*?
 - from an administrative law standpoint?
- (2) Does section 3 of the Regulations contain an unauthorized subdelegation?

1—Discrimination

Charter of human rights and freedoms

Respondent argued that s. 2(a) of the Regulations, which creates a presumption of appropriate

contestation invoqués par l'intimée ne tombent pas tous du même coup. Malgré la modification apportée à l'art. 35 de la loi, l'al. 2a) et l'art. 3 du Règlement ne sont pas abrogés et demeurent en vigueur. En outre, ce n'est pas parce que les distinctions créées par le Règlement se retrouvent maintenant dans la loi qu'elles cessent d'être discriminatoires, si discrimination il y a. La question de discrimination conserve donc toute son importance et son actualité.

Mais, ce qui est plus important, c'est que même si le pourvoi était sans objet pour l'intimée, ce n'est pas elle qui interjette appel du jugement de la Cour d'appel. En effet, c'est le procureur général du Québec qui se pourvoit à l'encontre de cette décision; la question de savoir si le débat est théorique ou non se détermine en fonction des intérêts de l'appellant. Si cette Cour refuse de se pencher sur le litige, la décision de la Cour d'appel déclarant nulles les dispositions réglementaires pertinentes, tant en vertu du droit administratif que de la *Charte des droits et libertés de la personne*, demeurera. Or, je considère que le gouvernement du Québec a droit à ce que la Cour se prononce sur la validité de ses actes depuis l'adoption du Règlement. De plus, il s'agit en l'espèce de dispositions d'application générale; le problème de discrimination ne concerne pas uniquement l'intimée, mais risque de se poser à l'égard de chaque aspirant professionnel. À mon avis, le débat n'est donc pas, pour le Québec, théorique et c'est notre devoir d'examiner le fond du litige.

Les questions que soulève ce pourvoi sont les suivantes:

- 1) L'alinéa 2a) et l'art. 3 du Règlement sont-ils discriminatoires:
 - en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne*?
 - au sens du droit administratif?
- 2) L'article 3 du Règlement comporte-t-il une sous-délégation illégale?

1—Discrimination

Charte des droits et libertés de la personne

L'intimée plaide que l'al. 2a) du Règlement, qui établit une présomption de connaissance appro-

knowledge of French for candidates who have taken at least three years of instruction in French since the secondary level, and s. 3 of the Regulations, which provides for a test, are discriminatory and inconsistent with ss. 10 and 16 of the *Charter of human rights and freedoms*. At the time in question, s. 10 read as follows:

10. Every person has a right to full and equal recognition and exercise of his human rights and freedoms, without distinction, exclusion or preference based on race, colour, sex, sexual orientation, civil status, religion, political convictions, language, ethnic or national origin, social conditions or the fact that he is a handicapped person or that he uses any means to palliate his handicap.

Discrimination exists where such a distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing such right.

Before going any further, I should mention that respondent based her allegations of discrimination on ss. 10 and 16 of the *Charter*. In my opinion, ss. 10 and 17 are the only provisions which can be applied in the case at bar. Section 16 prohibits discrimination by an employer, which is not the case here. It is section 17 that covers the right of a person to be admitted to any professional corporation without discrimination, and this is what respondent is claiming:

17. No one may practise discrimination in respect of the admission, enjoyment of benefits, suspension or expulsion of a person to, of or from an association of employers or employees or any professional corporation or association of persons carrying on the same occupation.

It appears from s. 10 of the *Charter* and the decision in *Johnson v. Commission des affaires sociales*, [1984] C.A. 61, with which I agree on this point, that three elements are necessary to establish discrimination: (1) a "distinction, exclusion or preference", (2) based on one of the grounds listed in the first paragraph, and (3) which "has the effect of nullifying or impairing" the right to full and equal recognition and exercise of a human right or freedom.

priée de la langue française en faveur des postulants ayant suivi au moins trois années d'enseignement en français depuis le niveau secondaire, et l'art. 3 du Règlement, qui prévoit la tenue d'un examen, sont discriminatoires et incompatibles avec les art. 10 et 16 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. À l'époque pertinente, l'art. 10 se lisait ainsi:

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état civil, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale ou le fait qu'elle est une personne handicapée ou qu'elle utilise quelque moyen pour pallier son handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

Avant de poursuivre, j'ouvre une parenthèse pour noter que l'intimée a fondé ses allégations de discrimination sur les art. 10 et 16 de la *Charte*. Selon moi, les art. 10 et 17 sont les seules dispositions susceptibles de recevoir application en l'occurrence. En effet, l'art. 16 réprime la discrimination exercée par l'employeur, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. C'est l'article 17 qui prévoit le droit d'une personne d'être admise dans toute corporation professionnelle sans discrimination, ce que revendique l'intimée:

17. Nul ne peut exercer de discrimination dans l'admission, la jouissance d'avantages, la suspension ou l'expulsion d'une personne d'une association d'employeurs ou de salariés ou de toute corporation professionnelle ou association de personnes exerçant une même occupation.

À la lecture de l'art. 10 de la *Charte* et selon l'affaire *Johnson c. Commission des affaires sociales*, [1984] C.A. 61, décision avec laquelle je suis d'accord sur ce point, trois éléments doivent être présents pour qu'il y ait discrimination: (1) une «distinction, exclusion ou préférence», (2) fondée sur l'un des motifs énumérés au premier alinéa et (3) qui «a pour effet de détruire ou de compromettre» le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne.

The first criterion is undoubtedly met. By creating a presumption of appropriate knowledge of French, s. 2(a) of the Regulations distinguishes between two classes of candidates: those who, benefiting from this presumption, will not have to submit to a test to assess their level of knowledge of French, and those who, as they cannot rely on the presumption, must take the test specified in s. 3 of the Regulations.

Is this distinction however based on one of the grounds mentioned in the first paragraph of s. 10 of the *Charter*? The Court of Appeal is silent on the point. In this Court, appellant argued that the distinction created by s. 2(a) of the Regulations is based not on the mother tongue or language of use of the person alleging discrimination, but on the language of the instruction received by that person. In his submission, each of the grounds of discrimination listed in s. 10 of the *Charter* constitutes an essential attribute of the person. "Language" in the sense of this provision means a person's language of origin or use, but cannot include the language of instruction. Respondent, for her part, maintained that the *Charter* must be liberally construed and that the language of instruction is a prohibited ground of discrimination in the same way as the language of origin or of use. She added that otherwise a clear advantage would be given to francophones as a group, though some non-francophones would also have the same advantage.

I agree with appellant's argument that the grounds listed in s. 10 of the *Charter* all share the characteristic that they are associated essentially with the person. In an article titled "Égalité et discrimination dans la Charte des droits et libertés de la personne: étude comparative" (1980), 10 *R.D.U.S.* 381, Mr. Daniel Proulx defines the prohibited grounds of discrimination in the following way (at pp. 451-52):

[TRANSLATION] To begin with . . . it can be said that a ground of discrimination means in the first place simply a particular characteristic of an individual. Contrary to what is sometimes said, therefore, it is not an unchanging, permanent or inborn characteristic. It would be hard to argue that political beliefs, religion,

Le premier critère est indubitablement satisfait. En édictant une présomption de connaissance appropriée de la langue française, l'al. 2a) du Règlement distingue entre deux classes de postulants: ceux qui, bénéficiant de cette présomption, n'ont pas à se soumettre à un examen pour évaluer leur niveau de connaissance du français, et ceux qui, ne pouvant se prévaloir de la présomption, doivent subir l'examen prévu à l'art. 3 du Règlement.

Cette distinction est-elle par ailleurs fondée sur l'un des éléments énumérés au premier alinéa de l'art. 10 de la *Charte*? La Cour d'appel est muette à ce sujet. Devant nous, l'appelant prétend que la distinction établie par l'al. 2a) du Règlement ne repose pas sur la langue maternelle ou usuelle de la personne alléguant discrimination, mais plutôt sur la langue de l'enseignement que celle-ci a reçue. Selon lui, les motifs de discrimination énumérés à l'art. 10 de la *Charte* constituent chacun un attribut essentiel de la personne. La «langue» au sens de cette disposition vise la langue d'origine ou d'usage de la personne, mais ne peut inclure la langue d'enseignement. De son côté, l'intimée plaide que la *Charte* commande une interprétation libérale et que la langue d'enseignement est un motif de discrimination interdit au même titre que la langue d'origine ou d'usage. Elle ajoute que, dans le cas contraire, les francophones en tant que groupe seraient clairement avantagés, bien que certains non-francophones bénéficient également du même avantage.

Je suis d'accord avec l'appelant lorsqu'il soutient que les motifs énumérés à l'art. 10 de la *Charte* présentent tous comme trait commun le fait d'être rattachés essentiellement à la personne. Dans un article intitulé «Égalité et discrimination dans la Charte des droits et libertés de la personne: étude comparative» (1980), 10 *R.D.U.S.* 381, M^c Daniel Proulx définit de la façon suivante les motifs de discrimination prohibés (aux pp. 451 et 452):

Comme première observation, [. . .] on peut constater qu'un motif de discrimination désigne d'abord tout simplement une caractéristique propre à un individu. Contrairement à ce qui est parfois véhiculé, il ne s'agit donc pas d'une caractéristique immuable, permanente ou innée. Il serait difficile de prétendre en effet que les

language or civil status, for example, can *never* be subject to change.

However, and this is our second observation, the ground of discrimination is here an "essential characteristic or manifestation" of the human being. It must strongly affect the personality of an individual, either inherently (e.g. race or sex) or as the result of the free or compulsory exercise of a fundamental choice (e.g. religion or political beliefs).

Accordingly, the word "language" means the language of the person. As such the concept of language is not limited to the mother tongue but also includes the language of use or habitual communication. I do not see why the scope of the word "language" has to be limited to the language of origin, since this often differs from the language used by a person every day. As the grounds of discrimination mentioned in s. 10 are not unchanging characteristics of the person, there is no reason to adopt a narrow interpretation which does not take into account the possibility that the mother tongue and the language of use may differ.

It may accordingly be thought in the case at bar, as appellant maintained, that the distinction between candidates who do not have to take the test and those who must pass it is based not on the mother tongue or the language of use of the individual but on the instruction received. A professional candidate is exempt from the test so long as he has taken at least three years of instruction in French from the secondary level onwards, regardless of whether he is a francophone, an anglophone or an allophone (that is, his mother tongue or language of use is French, English or some other language). In the same way, a francophone who has done all his study in a foreign language will have to take the test like any non-francophone in the same position. Seen in this way, the distinction at issue is not based on language and s. 10 would thus not apply:

In my view, however, this interpretation does not actually withstand a more realistic analysis of the situation. Of course, it is true that any person who has taken at least three years of post-primary instruction in French is exempt from the test,

convictions politiques, la religion, la langue ou l'état civil par exemple ne peuvent *jamais* faire l'objet de changement.

Toutefois, et c'est notre deuxième observation, le motif de discrimination consiste ici en une «caractéristique ou manifestation essentielle» de la personne. Elle doit fortement imprégner la personnalité d'un individu, soit de façon inhérente (ex.: la race ou le sexe), soit par suite de l'exercice libre ou forcé d'un choix fondamental (ex.: la religion ou les convictions politiques).

Ainsi, le terme «langue» vise la langue de la personne. À ce titre, la notion de langue ne se limite pas à la langue maternelle, mais englobe aussi la langue d'usage ou de communication habituelle. Je ne vois pas pourquoi il faudrait restreindre la portée du mot «langue» à la langue d'origine, puisque celle-ci diffère souvent de la langue utilisée couramment par une personne. Les motifs de discrimination prévus à l'art. 10 n'étant pas des caractéristiques immuables de la personne, il n'y a pas lieu d'adopter une interprétation étroite qui ne tienne pas compte de la divergence éventuelle entre la langue maternelle et la langue usuelle.

En l'espèce, on pourrait donc croire, comme l'affirme l'appellant, que la distinction entre les postulants qui n'ont pas à subir l'examen et ceux qui doivent le passer ne repose pas sur la langue maternelle ou usuelle de l'individu, mais bien sur l'enseignement reçu. En effet, l'aspirant professionnel est dispensé du test, pourvu qu'il ait suivi au moins trois années d'enseignement en français à partir du niveau secondaire, peu importe qu'il soit francophone, anglophone ou allophone (c'est-à-dire dont la langue maternelle ou usuelle est le français, l'anglais ou une autre langue). De la même façon, le francophone qui aurait fait toutes ses études dans une langue étrangère devra subir le test à l'instar de n'importe quel non-francophone dans la même situation. Dans cette optique, la distinction qui nous occupe ne serait pas fondée sur la langue et l'application de l'art. 10 serait ainsi écartée.

À mon avis cependant, cette interprétation ne résiste guère à une analyse plus réaliste de la situation. À prime abord, il est vrai que peu importe sa langue, est exemptée de l'examen toute personne qui a suivi au moins trois années d'ensei-

whatever his language. Still, one has to recognize that as a general rule a person does his studies in his own language. Accordingly, most of the candidates able to benefit from the French knowledge presumption are French-speaking—for the purposes of this discussion I will call them “francophones”—since they are the ones who have received their instruction in French. Conversely, as in most cases non-francophones study in a language other than French, they are the ones who must take the test.

In light of the foregoing, I feel that the distinction created by the subject Regulations is based on language within the meaning of s. 10 of the *Charter*. The two groups of candidates that result from this distinction are divided along language lines—the fact that in general their mother tongue or language of use is, or is not, French. In other words, most candidates who benefit from the presumption will be francophones, while those who take the test will be for the most part non-francophones.

Of course the groups resulting from application of the Regulations are not entirely homogeneous, since as we have seen non-francophones may sometimes do their studies in French and vice versa. Thus not all francophones will be exempt from the test, and not all non-francophones will have to take it. The fact remains, however, that as a rule the majority in each group consists of francophones on the one hand and non-francophones on the other, whatever limited exceptions may occur. As the groups of candidates affected by the distinction are identified along language lines, to say that the distinction is not based on language would in my opinion be adopting too narrow a construction.

Further, in view of the context in which this distinction is made, it would be surprising, to say the least, if it were not based on language. It must be remembered that the purpose of the presumption and test at issue here is to demonstrate that a professional candidate has an appropriate knowledge of French, as required by s. 35 of the *Charter*

gnement post-primaire en français. Toutefois, force nous est de reconnaître qu'en règle générale une personne fait ses études dans la langue qui lui est propre. Ainsi, les postulants qui peuvent se prévaloir de la présomption de connaissance du français sont en majorité des personnes de langue française—que j'appellerai «francophones» pour les fins du présent débat—, puisque ce sont elles qui ont reçu leur instruction en français. Inversement, comme dans la plupart des cas les non-francophones étudient dans une langue autre que le français, ce sont eux qui doivent se soumettre à l'examen.

À la lumière de ce qui précède, j'estime que la distinction créée par le Règlement en litige repose sur la langue au sens de l'art. 10 de la *Charte*. En effet, les deux groupes de postulants qui résultent de cette distinction se délimitent en fonction d'un critère linguistique—le fait que, généralement, leur langue maternelle ou usuelle soit ou non le français. En d'autres termes, les postulants qui bénéficient de la présomption sont en majorité francophones, tandis que ceux qui subissent l'examen sont, pour la plupart, non-francophones.

Certes, les groupes découlant de l'application du Règlement ne sont pas parfaitement homogènes, puisque, comme nous l'avons vu, il arrive que des non-francophones fassent leurs études en français et vice-versa. Ce ne sont donc pas tous les francophones qui sont dispensés du test, ni tous les non-francophones qui y sont assujettis. Mais il n'en reste pas moins que, dans l'ensemble, les membres de chacun des deux groupes sont majoritairement composés de francophones d'une part et de non-francophones d'autre part, peu importe les quelques exceptions qui peuvent s'y glisser. Comme les groupes de postulants visés par la distinction sont circonscrits en fonction d'un critère linguistique, ce serait, à mon avis, adopter une interprétation trop étroite que de conclure que cette distinction ne repose pas sur la langue.

D'ailleurs, étant donné le contexte dans lequel cette distinction est formulée, il serait pour le moins surprenant qu'elle ne soit pas fondée sur la langue. N'oublions pas que la présomption et l'examen dont il est ici question servent à prouver que l'aspirant professionnel possède une connaissance appropriée de la langue française, comme

of the French language. It is only logical that the means used to establish a candidate's linguistic aptitudes will of necessity have something to do with language, otherwise the Regulations would not achieve the purpose of the Act. For instance, this would be the case if only persons of a certain political affiliation were exempt from the test. Such a distinction would obviously be arbitrary, which cannot be said of the Regulations at issue.

As the distinction created by the Regulations is based on language, we must now turn to the third criterion for determining whether discrimination exists, namely whether this distinction "has the effect of nullifying or impairing" the right of candidates to full equality in admission to a professional corporation. It is important to mention and to emphasize that the validity of s. 35 of the *Charter of the French language*, by which any professional candidate must have a knowledge of French appropriate to the practice of his profession, is not being challenged. Candidates must therefore prove they have such knowledge. In this context, is it discriminatory to require certain candidates to take a test to determine such knowledge, while others are exempted from the test? Respondent maintained that the same kind of proof should be required of everyone, as in her submission there is no reason why one group should be exempted from taking the test.

In my view, the right to equality set forth in s. 10 of the *Charter* does not mean that all candidates for a professional corporation have to be treated in the same way. Indeed, discrimination will sometimes result from equal treatment, because special features that distinguish each group will then be disregarded. Respondent moreover admitted that the mere existence of distinctions does not infringe the right to equality, so long as people having similar relevant attributes are treated in the same way. Since she is arguing that the disputed distinction is discriminatory, she must feel that all professional candidates have the same relevant attributes. Respondent's position in this regard is paradoxical, since on the one hand she seems to be saying that all candidates have the same relevant attributes, while, on the other hand,

l'exige l'art. 35 de la *Charte de la langue française*. En toute logique, les moyens de preuve des aptitudes linguistiques d'un candidat doivent forcément avoir un lien quelconque avec la langue, faute de quoi le Règlement n'atteindrait pas le but visé par la loi. Par exemple, tel serait le cas si seules les personnes d'une certaine allégeance politique étaient exemptes de l'examen. Cette distinction serait manifestement arbitraire, ce qu'on ne peut reprocher au Règlement qui nous occupe.

La distinction créée par le Règlement étant fondée sur la langue, il convient à ce stade d'examiner le troisième critère servant à déterminer s'il y a discrimination, soit si cette distinction «a pour effet de détruire ou de compromettre» le droit à la pleine égalité des candidats à l'admission dans une corporation professionnelle. Il importe de rappeler et de souligner que la validité de l'art. 35 de la *Charte de la langue française*, en vertu duquel tout aspirant professionnel doit avoir une connaissance du français appropriée à l'exercice de sa profession, n'est pas contestée. L'aspirant est donc tenu de prouver qu'il possède cette connaissance. Dans ce contexte, est-il discriminatoire d'imposer à certains postulants un examen pour vérifier cette connaissance, alors que d'autres en sont dispensés? L'intimée plaide que tous devraient être soumis au même moyen de preuve, car selon elle, aucune raison ne justifie qu'un groupe soit exempté du test.

À mon avis, le droit à l'égalité prévu à l'art. 10 de la *Charte* ne signifie pas que tous les candidats à une corporation professionnelle doivent être traités de la même façon. En fait, c'est parfois l'égalité de traitement qui est discriminatoire, parce qu'on omet alors de tenir compte des particularités qui caractérisent certains groupes. L'intimée reconnaît d'ailleurs que la simple présence de distinctions ne contrevient pas au droit à l'égalité, dans la mesure où l'on traite de la même façon les personnes dont les attributs pertinents sont semblables. Puisqu'elle soutient que la distinction en litige est discriminatoire, c'est donc qu'elle estime que tous les aspirants professionnels ont les mêmes attributs pertinents. La position de l'intimée à cet égard est paradoxale puisqu'elle semble affirmer d'une part que tous les candidats ont les mêmes attributs

by recognizing the existence of two language groups (francophones and anglophones) she implicitly admits that they do not all have such attributes. It seems clear to me that candidates do not all have the same language skills. In view of the undisputed requirement that candidates have a knowledge of French, Regulations that make distinctions to take account of the language skills of individuals do not *prima facie* compromise the right to equality.

Equality is not an easy concept to define, and I do not think the case at bar lends itself to an exhaustive study of this concept. For the purpose of this case, I will simply cite the following passage from the *Report of the Commission on Equality in Employment* (1984) by Judge Rosalie Abella, which was reproduced in part in *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114:

Equality in employment means that no one is denied opportunities for reasons that have nothing to do with inherent ability. It means equal access free from arbitrary obstructions. Discrimination means that an arbitrary barrier stands between a person's ability and his or her opportunity to demonstrate it. If the access is genuinely available in a way that permits everyone who so wishes the opportunity to fully develop his or her potential, we have achieved a kind of equality. It is equality defined as equal freedom from discrimination.

Discrimination in this context means practices or attitudes that have, whether by design or impact, the effect of limiting an individual's or a group's right to the opportunities generally available because of attributed rather than actual characteristics. What is impeding the full development of the potential is not the individual's capacity but an external barrier that artificially inhibits growth.

Though these comments were made in an employment context, I think they are still relevant to a case involving admission to a professional corporation, as these two areas are quite closely related.

In the instant case non-francophones are not prohibited from joining a professional corporation on grounds that are arbitrary and have nothing to do with the required aptitudes. On the contrary,

pertinents, alors qu'en reconnaissant l'existence de deux groupes linguistiques (francophones et anglophones), elle admet implicitement d'autre part que tous n'ont pas ces attributs. Selon moi, il est évident que les postulants ne possèdent pas tous le même bagage linguistique. Vu l'exigence, non contestée répétons-le, selon laquelle les postulants doivent connaître le français, le Règlement qui établit des distinctions pour tenir compte du bagage linguistique de chacun ne compromet pas à première vue le droit à l'égalité.

L'égalité n'est pas une notion facile à cerner, et je ne crois pas que le présent litige se prête à une étude exhaustive de ce concept. Aux fins de l'espèce, je me contenterai de citer le passage suivant du *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi* (1984) préparé par le juge Rosalie Abella, et qui a été reproduit en partie dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114:

L'égalité en matière d'emploi signifie que nul ne doit se voir refuser un débouché pour des raisons qui n'ont rien à voir avec sa compétence. Elle signifie le libre accès sans barrières arbitraires. La discrimination fait qu'un obstacle arbitraire vient souvent s'interposer entre la compétence d'une personne et sa possibilité d'en faire la preuve. Si quiconque désirant se réaliser a véritablement la possibilité d'accéder à l'emploi qui l'intéresse, on atteint alors une certaine égalité, c'est-à-dire le droit à l'égalité sans aucune discrimination.

Dans ce contexte, la discrimination s'entend des pratiques ou des attitudes qui, de par leur conception ou par voie de conséquence, gênent l'accès des particuliers ou des groupes à des possibilités d'emplois, en raison de caractéristiques qui leur sont prêtées à tort. L'intéressé n'est pas limité par ses capacités, mais par des barrières artificielles qui l'empêchent de mettre à profit son potentiel.

Bien que ces commentaires aient été élaborés dans le contexte de l'emploi, je crois néanmoins qu'ils sont pertinents en matière d'accès à une corporation professionnelle, car ces deux domaines sont relativement connexes.

En l'occurrence, les non-francophones ne sont pas empêchés de se joindre à une corporation professionnelle pour des motifs arbitraires et qui n'ont rien à voir avec les aptitudes requises. Au

the Regulations enacted by the Office allow them to show that they possess the necessary skills, namely an appropriate knowledge of French, to be admitted to a professional corporation. It should be borne in mind that this requirement is imposed by s. 35 of the *Charter of the French language*, and this provision is not being challenged. The impugned Regulations do not reject non-francophones outright, they offer them a means of establishing that they meet this requirement. What is more, under s. 11 of the Regulations, candidates may retake the test as many times as they have to in order to pass it. Far from being an arbitrary obstacle for a professional candidate, the Regulations facilitate admission to the corporation while remaining consistent with the requirements of the Act.

It is true, as we have seen, that a majority of those who benefit from the presumption exempting certain candidates from taking the test will be francophones. In creating this presumption the Office thus took account of the linguistic characteristics of those governed by the Act, since there is no reason to require a test of persons who in theory should pass it easily. In any case, the fact of having taken three years' instruction in French is in itself a kind of test which candidates covered by the presumption have passed.

The right to equality would certainly be compromised if the test required greater knowledge of French than a person who has done three years of post-primary studies in French would have. However this question was not raised in this Court, so we must assume that the level of knowledge required is the same for all candidates.

In conclusion, for all the foregoing reasons I consider that ss. 2(a) and 3 of the Regulations do not infringe the right to equality, and consequently these provisions are not discriminatory within the meaning of s. 10 of the *Charter*.

Administrative Law

Respondent further argued that those sections are void because they are discriminatory under administrative law. She maintained that s. 35 of

contraire, le Règlement édicté par l'Office leur permet de démontrer qu'ils possèdent les qualités nécessaires, soit une connaissance appropriée du français, pour accéder à une corporation professionnelle. N'oublions pas en effet que cette exigence est imposée par l'art. 35 de la *Charte de la langue française*, disposition dont la validité n'a pas été attaquée. Le Règlement contesté n'écarte pas d'emblée les non-francophones, mais met à leur disposition le moyen de prouver qu'ils satisfont à cette exigence. Qui plus est, selon l'art. 11 du Règlement, les postulants peuvent reprendre l'examen autant de fois qu'il est nécessaire pour le réussir. Loin de constituer un obstacle arbitraire pour l'aspirant professionnel, le Règlement favorise l'accès à la corporation, tout en respectant les exigences de la loi.

Par ailleurs, comme nous l'avons vu, ce sont majoritairement les francophones qui bénéficient de la présomption dispensant certains postulants de l'examen. En élaborant cette présomption, l'Office a donc tenu compte des particularités linguistiques des personnes assujetties à la loi, puisqu'il est inutile d'astreindre à un examen celles qui, en principe, devraient le réussir sans difficulté. De toute façon, le fait d'avoir suivi trois ans d'enseignement en français constitue en soi une forme d'examen auquel se sont soumis les aspirants visés par la présomption.

Certes, le droit à l'égalité serait compromis si l'examen exigeait une connaissance du français supérieure à celle que possède une personne qui a fait trois années d'études post-primaires en français. Toutefois cette question n'a pas été soulevée devant nous, aussi devons-nous présumer que le niveau de connaissance requis est le même pour tous les postulants.

En conclusion, pour les motifs exposés ci-dessus, je suis d'avis que l'al. 2a) et l'art. 3 du Règlement ne portent pas atteinte au droit à l'égalité, et partant, que ces dispositions ne sont pas discriminatoires au sens de l'art. 10 de la *Charte*.

Droit administratif

L'intimée soutient également que ces mêmes articles sont nuls parce qu'ils sont discriminatoires en vertu du droit administratif. Elle prétend que

the *Charter of the French language* does not empower the Office to enact regulations that distinguish between classes of candidates. In respondent's submission, this provision should be read as authorizing the Office either to have a test administered to all candidates or not to impose a test on anyone. The Regulations designed to assess knowledge of French should be applied to all professional candidates in the same way without distinction.

In theory, the power to regulate does not include the power to discriminate. Accordingly, where a statute contains no authorization, express or implied, a discriminatory regulation may be challenged and set aside. This rule was recognized by this Court in *City of Montréal v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368. Speaking for the Court, Beetz J. said (at p. 404):

The rule that the power to make by-laws does not include that of enacting discriminatory provisions unless the enabling legislation provides the contrary has been observed from time immemorial in British and Canadian public law.

After quoting the relevant passages from the remarks of Lord Russell C.J. in *Kruse v. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91, Beetz J. went on (at pp. 405-6):

Lord Russell of Killowen accordingly distinguished between the aspect of a by-law's political opportunity, which he referred to as its reasonableness or unreasonableness in the narrow sense, and its reasonableness or unreasonableness in the wide sense, to which he gave a negative legal definition. According to that definition, by-laws are only unreasonable in the wide or legal sense, and *ultra vires*, if: (1) they are partial and unequal in operation between different classes; (2) they are manifestly unjust; (3) they disclose bad faith; and (4) they involve such oppressive or gratuitous interference with the rights of those subject to them as can find no justification in the minds of reasonable men. It is important to note that the first category of by-laws unreasonable in the legal sense mentioned by Lord Russell of Killowen is that of by-laws which are discriminatory in the non-pejorative but most neutral sense of the word, and which are rendered invalid even though the distinction on which they are based is perfectly rational or reasonable in the narrow or political sense, and was

l'art. 35 de la *Charte de la langue française* n'habilite pas l'Office à édicter des règlements qui distinguent entre classes de postulants. Selon l'intimée, cette disposition devrait être lue comme permettant à l'Office, soit de prévoir la tenue d'un examen pour tous les postulants, soit de n'imposer un test à personne. Le Règlement ayant pour but d'évaluer la connaissance du français devrait s'appliquer à tous les aspirants professionnels de la même façon, sans distinction.

En principe, le pouvoir de réglementer ne comprend pas celui de discriminer. Aussi, en l'absence d'une autorisation émanant de la loi, explicite ou implicite, un règlement discriminatoire pourra-t-il être attaqué et annulé. Cette règle fut d'ailleurs reconnue par cette Cour dans l'affaire *Ville de Montréal c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368. Au nom de la Cour, le juge Beetz dit (à la p. 404):

La règle selon laquelle le pouvoir de faire des règlements ne comporte pas celui d'édicter des dispositions discriminatoires à moins que les textes législatifs habilitants ne prescrivent le contraire a été observée de temps immémorial en droit public anglais et canadien.

Après avoir cité les passages pertinents des propos du juge en chef lord Russell dans l'arrêt *Kruse v. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91, il continue (aux pp. 405 et 406):

Lord Russell of Killowen distingue donc entre l'aspect d'opportunité politique d'un règlement, qu'il appelle son caractère raisonnable ou déraisonnable dans le sens étroit, et son caractère raisonnable ou déraisonnable dans le sens large dont il donne une définition juridique négative. Selon cette définition, seuls sont déraisonnables au sens large ou juridique et *ultra vires*: (1) les règlements qui font acception de personne et s'appliquent de façon inégale à différentes classes; (2) ceux qui sont manifestement injustes; (3) ceux qui sont empreints de mauvaise foi; et (4) ceux qui soumettent les droits qu'ils visent à des entraves si oppressives ou si arbitraires qu'ils ne peuvent se justifier dans l'opinion des gens raisonnables. Il importe de noter que la première catégorie de règlements déraisonnables dans le sens juridique retenu par lord Russell of Killowen est celle des règlements discriminatoires suivant l'acception non pas péjorative mais la plus neutre du terme et qui sont frappés de nullité quand même la distinction qui en forme le pivot serait parfaitement rationnelle ou raisonnable dans

conceived and imposed in good faith, without favouritism or malice.

In the absence of express provisions to the contrary or delegation by necessary implication, the legislator reserves the exclusive right to discriminate. The issue in the case at bar is therefore whether s. 35 of the *Charter of the French language* confers on the Office the power to enact regulations that distinguish between classes of professional candidates. It is clear from a reading of this provision that it does not expressly authorize the Office to distinguish by regulation between candidates who have taken at least three years' instruction in French, and benefit from a presumption of knowledge, and all others who must then take the test. Section 35 of the Act first states a duty: "[appropriate knowledge of the official language] must be [proven] in accordance with the regulations of the Office de la langue française . . ." The procedure for proving such knowledge is left at the discretion of the Office, which may, though it does not have to, "provide [by regulation] for the holding of examinations and the issuance of certificates". Section 35 thus empowers the Office to adopt regulations enabling it to assess the knowledge of French of professional candidates. This provision does not require the Office to adopt one means only of measuring the level of knowledge of French. On the contrary, use of the word "may" clearly indicates that the legislator intended to confer a discretion on the Office as to the kind of proof it will require by regulation. Under section 35 of the Act, the Office has the power to enact any method of proof it considers necessary to assess a candidate's appropriate knowledge of French, including the holding of examinations and issuing of certificates. In giving the Office the right to establish by regulation various methods of assessing knowledge of French, the Act by implication confers on the Office the power to distinguish between classes of candidates. If the legislator had intended that knowledge of French be assessed by only one method of proof applicable to all professional candidates, he would have stated that intent clearly. For example, the statute might have imposed on the Office a duty to measure knowledge of French by holding an examination. There would then be no doubt that

le sens étroit ou politique et serait conçue et imposée de bonne foi, sans esprit de favoritisme ni de malice.

À moins de dispositions explicites au contraire ou à moins de délégation par voie d'inférence nécessaire, le législateur se réserve l'exclusivité du pouvoir de faire des distinctions. Il s'agit donc en l'espèce de déterminer si l'art. 35 de la *Charte de la langue française* confère à l'Office le pouvoir d'édicter des règlements qui distinguent entre classes d'aspirants professionnels. Il est évident à la lecture de cette disposition législative que cette dernière n'autorise pas expressément l'Office à distinguer, par règlements, entre les postulants ayant suivi au moins trois années d'enseignement en français, qui bénéficient d'une présomption de connaissance, et tous les autres qui, dès lors, doivent subir le test. L'article 35 de la loi énonce d'abord une obligation: «[la connaissance appropriée de la langue officielle] doit être prouvée suivant les règlements de l'Office de la langue française . . .» Par ailleurs, les modalités de preuve de cette connaissance sont laissées à la discrétion de l'Office. Celui-ci peut, sans y être obligé, «pouvoir [par règlements] à la tenue d'examens et à la délivrance d'attestations.» L'article 35 habilite ainsi l'Office à adopter des règlements permettant d'évaluer la connaissance de la langue française des aspirants professionnels. Cette disposition n'oblige pas l'Office à n'adopter qu'un seul moyen pour mesurer le niveau de connaissance du français. Au contraire, l'emploi du terme «peuvent» indique bien que le législateur a entendu conférer à l'Office une discrétion quant aux modalités de preuve qu'il doit établir par règlements. En vertu de l'art. 35 de la loi, l'Office a le pouvoir d'édicter tout mode de preuve qu'il juge nécessaire pour apprécier la connaissance appropriée du français des postulants, notamment la tenue d'examens et la délivrance d'attestations. En donnant à l'Office le droit d'établir, par règlements, diverses façons permettant d'évaluer la connaissance du français, la loi confère implicitement à l'Office le pouvoir de distinguer entre classes de postulants. Si le législateur avait voulu que la connaissance de la langue française s'apprécie par un seul mode de preuve applicable à tous les aspirants professionnels, il aurait clairement exprimé cette intention. Il aurait suffi, par exemple, que le texte de loi impose à

all candidates without distinction would have to take the test: but that is not the case here. Section 35 of the Act provides that the Office may, but is not required to, hold an examination. The test in the case at bar is not an exclusive method of proof for assessing a candidate's knowledge of French. The Office is not in any way prohibited from introducing by regulation a presumption of appropriate knowledge of French, provided that presumption is rational and reasonable. Section 35 therefore authorizes the Office to enact various methods of determining whether candidates meet the requirement of the Act, and it accordingly by necessary implication confers on the Office the power to distinguish between classes of candidates.

I would add that the presumption made in s. 2(a) of the Regulations, that candidates who have taken at least three years' instruction in French have a knowledge of French appropriate to the exercise of their profession, seems reasonable to me and justified in the context of the objective sought by s. 35 of the Act. Ordinarily, a person who has taken three or more years of post-primary instruction in French will have sufficient proficiency in the official language to meet the requirement of the Act. The Office has set a period of time, namely three years, for the presumption to apply. This period is reasonable and it is not for this Court to alter it. Moreover, a presumption of this nature is justified on purely practical grounds. Why should a test be required of people who will usually pass it without difficulty? It would be better to try and facilitate the administrative process by not having candidates take the test if most of them will meet the requirements of the rule contained in s. 35 of the Act. To appreciate the wisdom of such a presumption, one need only recall the senselessness of the situation in which certain businesses, such as the newspaper *La Presse*, found themselves when they were required to obtain a francization certificate.

In conclusion, I consider that ss. 2(a) and 3 of the Regulations are not discriminatory under the

l'Office l'obligation de mesurer la connaissance du français par la seule tenue d'un examen. Il ne ferait alors nul doute que tous les postulants, sans distinction, devraient se soumettre au test. Mais tel n'est pas le cas en l'espèce. L'article 35 de la loi prévoit que l'Office peut, sans pour autant y être obligé, prévoir un examen. Le test en l'occurrence n'est pas un mode de preuve exclusif permettant d'évaluer la connaissance de la langue française des postulants. L'Office n'est nullement empêché d'établir, par règlement, une présomption de connaissance appropriée du français, dans la mesure où cette présomption est rationnelle et raisonnable. L'article 35 autorise donc l'Office à édicter diverses façons de vérifier si les postulants satisfont à l'exigence prévue à la loi et, de ce fait, lui confère, par inférence nécessaire, le pouvoir de distinguer entre classes de postulants.

J'ajoute que la présomption établie à l'al. 2a) du Règlement, selon laquelle les postulants qui ont suivi au moins trois années d'enseignement en français ont une connaissance du français appropriée à l'exercice de leur profession, me paraît raisonnable et justifiée dans le cadre de l'objectif visé à l'art. 35 de la loi. Normalement, celui qui a suivi trois ans ou plus d'enseignement post-primaire en français maîtrisera suffisamment la langue officielle pour remplir l'exigence visée à la loi. L'Office a fixé une période, soit trois ans, pour faire jouer la présomption. Cette période est raisonnable et il n'appartient pas à cette Cour de la modifier. Une présomption de cette nature se justifie d'ailleurs pour des raisons purement pratiques. Pourquoi imposer un test à des personnes qui, en général, vont le réussir sans problème? Il vaut mieux tenter de faciliter le processus administratif en évitant de faire subir l'examen aux postulants qui, pour la très grande majorité, vont satisfaire aux exigences du critère prévu à l'art. 35 de la loi. Pour comprendre la sagesse d'une telle présomption, on n'a qu'à se rappeler le ridicule de la situation dans laquelle se trouvaient certaines entreprises, comme le journal *La Presse*, qui étaient obligées d'obtenir un certificat de francisation.

En conclusion, j'estime que l'al. 2a) et l'art. 3 du Règlement ne sont discriminatoires ni en vertu de

Charter of human rights and freedoms nor from an administrative standpoint.

2—Subdelegation

Does section 3 of the Regulations contain an unauthorized subdelegation of power by providing that the test will be prepared by a committee? Respondent argued that under the maxim *delegatus non potest delegare*, the Office cannot delegate powers conferred on it by the *Charter of the French language* unless authorized to do so by the Act. In her submission, s. 35 of the Act does not empower the Office to assign to a committee the responsibility of preparing the test used to assess the level of a candidate's knowledge of French.

In my view, the *Charter of the French language* expressly authorizes the Office to create committees to assist it in carrying out its function. Section 114(d) of the Act provides that:

114. The Office may

(d) establish by by-law the services and committees necessary for the attainment of its purposes;

One of the duties incumbent on the Office is stated in s. 35 of the Act: the Office must enact regulations for the purpose of assessing whether professional candidates have an appropriate knowledge of French. To assist it in providing the services needed to test such knowledge, s. 114(d) of the Act authorizes the Office to establish a committee. Subdelegation is therefore not unauthorized, since the Act clearly empowers the Office to create committees if need be.

The *delegatus non potest delegare* rule prevents the holder of a power which entails the exercise of a discretion from conferring the exercise of that power on some other person or agency. The Office sets out in s. 3 of the Regulations five criteria for assessing the level of knowledge of French. The committee's only function is to prepare examinations reflecting the knowledge of French appropriate to the exercise of each profession in accordance with the criteria determined by the Office. The committee has no discretion: it cannot formulate new criteria nor alter the criteria imposed by the Office as it sees fit. The committee's function is

la *Charte des droits et libertés de la personne*, ni au sens du droit administratif.

2—Sous-délégation

L'article 3 du Règlement comporte-t-il une sous-délégation illégale de pouvoirs en prévoyant la préparation de l'examen par un comité? L'intimée soutient qu'en vertu de la maxime *delegatus non potest delegare*, l'Office ne peut déléguer les pouvoirs que lui confère la *Charte de la langue française*, sauf si la loi l'y autorise. Selon elle, l'art. 35 de la loi n'habilite pas l'Office à confier à un comité le soin de préparer l'examen servant à apprécier le niveau de connaissance du français des postulants.

À mon avis, la *Charte de la langue française* autorise expressément l'Office à créer des comités pour l'aider dans l'accomplissement de sa tâche. En effet, l'al. 114d) de la loi prévoit que:

114. L'Office peut:

d) établir, par règlement, les services et les comités nécessaires à l'accomplissement de sa tâche;

Or, l'un des devoirs que doit assumer l'Office est précisé à l'art. 35 de la loi: l'Office doit édicter des règlements visant à évaluer la connaissance appropriée de la langue française des aspirants professionnels. Pour l'aider à mettre sur pied des moyens de prouver cette connaissance, l'al. 114d) de la loi autorise l'Office à établir un comité. La sous-délégation n'est donc pas illégale puisque la loi habilite clairement l'Office à créer des comités lorsque cela s'avère nécessaire.

Par ailleurs, le principe *delegatus non potest delegare* fait obstacle à ce que le titulaire d'un pouvoir comportant l'exercice d'une discrétion ne confère à une autre personne ou à un autre organisme le soin d'exercer cette compétence. À l'article 3 du Règlement, l'Office énonce cinq critères selon lesquels le niveau de connaissance de la langue française doit être apprécié. Le seul rôle du comité est de préparer les examens reflétant la connaissance du français appropriée à l'exercice de chaque profession selon les normes fixées par l'Office. Le comité ne détient aucune discrétion; il ne peut énoncer de nouveaux critères ni modifier à

therefore purely administrative and limited to the preparation of tests.

The majority of the Court of Appeal considered that s. 3 of the Regulations is void because it does not specify a passing grade. In its view, the passing grade is the most important aspect of any examination. By allowing that aspect to be determined by some agency other than the Office, s. 3 is arbitrary and entails an unauthorized subdelegation of power. In my view, a passing grade in itself is not a specific criterion that must be present in the Regulations. A passing grade has no meaning in itself unless one knows how difficult the examination is. With respect, I cannot see this as a basis for concluding that there was an unauthorized subdelegation of power.

In sum, I am of the opinion that the subdelegation of power contained in s. 3 of the Regulations is legal. Not only does the Act authorize the Office to create a committee, but such a committee has in fact a purely administrative function. Moreover, I think that for reasons of efficiency and convenience the creation of such a committee was necessary. It was also desirable for the committee to be made up of members from outside, including a representative of the professional corporation. This representative is in the best position to assess the language skills appropriate for the practice of the profession in question.

In conclusion, for all these reasons, ss. 2(a) and 3 of the Regulations are in my opinion valid. I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the trial judgment dismissing the motion. As the application for leave to appeal of the Attorney General of Quebec was granted subject to payment of respondent's costs on the hearing of the appeal whatever the outcome, this appeal is allowed with costs against appellant.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (dissenting)—I agree with Justice L'Heureux-Dubé, for the reasons she gives, that this appeal is moot and I would quash it for that reason.

son gré les normes imposées par l'Office. La fonction du comité est donc purement administrative et se limite à la préparation des tests.

La majorité de la Cour d'appel considère que l'art. 3 du Règlement est nul parce qu'il ne prévoit pas la note de passage. Selon elle, la note de passage est le critère le plus important de tout examen. En permettant qu'elle soit déterminée par un organisme autre que l'Office, l'art. 3 est arbitraire et comporte une sous-délégation de pouvoirs illégale. À mon avis, la note de passage en elle-même n'est pas un critère précis dont la présence dans le Règlement s'avère essentielle. Une note de passage en soi n'a aucune signification si l'on ignore le degré de difficulté de l'examen. Avec respect, je ne peux retenir ce motif pour conclure à une sous-délégation illégale de pouvoirs.

En résumé, j'estime que la sous-délégation de pouvoirs contenue à l'art. 3 du Règlement est légale. Non seulement la loi autorise-t-elle l'Office à créer un comité, mais encore celui-ci ne joue-t-il en l'espèce qu'un rôle purement administratif. En outre, je crois que, pour des raisons d'efficacité et de commodité, la création d'un tel comité s'avère nécessaire. Il est également souhaitable que le comité soit composé de membres venus de l'extérieur, notamment d'un représentant de la corporation professionnelle. Ce dernier est en effet le mieux placé pour apprécier la compétence linguistique appropriée à l'exercice de la profession en cause.

En conclusion, pour tous ces motifs, l'al. 2a) et l'art. 3 du Règlement sont, à mon avis, valides. J'accueillerais ce pourvoi, j'infirmes le jugement de la Cour d'appel et rétablirais le jugement de première instance rejetant la requête. Comme la requête du procureur général du Québec en autorisation de pourvoi a été accordée à charge de payer les dépens de l'intimée sur l'audition du pourvoi, quelle qu'en soit l'issue, le pourvoi est accueilli avec dépens contre l'appellant.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente)—Pour les motifs que donne le juge L'Heureux-Dubé j'estime, comme elle, que ce pourvoi présente un intérêt purement théorique et je suis donc d'avis de l'annuler.

However, a finding of mootness is not necessarily a barrier to this Court's deciding the case on the merits instead of quashing it. It is in the discretion of the Court whether to do so or not.

I would not have exercised my discretion in favour of hearing this case on the merits but, if the majority of the Court did exercise their discretion in that way, I would have agreed with Justice Lamer's disposition on the merits.

English version of the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—Nancy Forget graduated from the Rosemount High School nursing assistant program in June 1979. In order to practise the profession of a nursing assistant in Quebec, she needs a permit from the Corporation professionnelle des infirmiers et infirmières auxiliaires du Québec, a reserved title profession governed by the *Professional Code*, R.S.Q. 1977, c. C-26, ss. 1(f) and 36(p). The latter is subject to s. 35 of the *Charter of the French language*, R.S.Q. 1977, c. C-11, which, as a condition of issuing a permit to practise a profession, requires every professional corporation to ensure that candidates for the profession have a "knowledge of the official language . . . appropriate to the practice of their profession". To this end, at that time, the provisions of the regulations (*Regulation respecting the knowledge of the official language necessary to obtain a permit from a professional corporation*, O.C. 2851-77, (1977) 109 G.O. II 4627 (hereinafter the Regulations)) adopted by the Office de la langue française created a presumption that a person who had "taken at least three years of full time instruction given in French, at the secondary level or later" had such knowledge. Persons not having this training, like Nancy Forget, had to hold a certificate from the Régie de la langue française establishing their working knowledge of French based on an examination prescribed by the Regulations in question. Nancy Forget sat the examination several times. She passed the oral examination on the tenth attempt but failed the written examination on the eleventh. She then brought an action to vacate certain sections of the Regulations, alleging that they were discriminatory especially in light of ss. 10 (as

Toutefois, une conclusion que le pourvoi n'a qu'un intérêt théorique n'empêche pas nécessairement cette Cour de statuer sur le fond plutôt que d'annuler le pourvoi. Il s'agit là d'une décision qui relève du pouvoir discrétionnaire de la Cour.

Je n'aurais pas exercé ce pouvoir discrétionnaire en faveur d'une audience sur le fond, mais si la majorité de cette Cour l'exerçait en ce sens, je souscrirais à la façon dont le juge Lamer statue sur le fond.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—Nancy Forget a gradué du [TRADUCTION] «cours de formation d'infirmiers auxiliaires de l'école secondaire Rosemount» en juin 1979. Pour pouvoir exercer la profession d'infirmière auxiliaire au Québec, elle doit détenir un permis de la Corporation professionnelle des infirmiers et infirmières auxiliaires du Québec, profession à titre réservé régie par le *Code des professions*, L.R.Q. 1977, chap. C-26, al. 1f) et 36p). Celui-ci est soumis à l'art. 35 de la *Charte de la langue française*, L.R.Q. 1977, chap. C-11, qui exige de toute corporation professionnelle comme condition de délivrance d'un permis d'exercice de la profession, qu'elle s'assure que les candidats à l'exercice de cette profession aient «de la langue officielle une connaissance appropriée à l'exercice de leur profession». À cette fin, à l'époque, les dispositions du règlement (*Règlement relatif à la connaissance de la langue officielle nécessaire pour l'obtention d'un permis d'un ordre professionnel*, A.C. 2851-77, (1977) 109 G.O. II 4627 (ci-après le Règlement)) adopté par l'Office de la langue française créaient une présomption qu'une personne ayant «suivi, à temps plein, à compter du niveau secondaire, au moins trois années d'un enseignement donné en langue française» a cette connaissance. Les personnes ne possédant pas cette scolarité, c'est le cas de Nancy Forget, devaient être titulaires d'une attestation de la Régie de la langue française établissant leur connaissance d'usage de la langue française sur la foi d'un examen prévu par le Règlement en question. Nancy Forget s'est présentée à plusieurs reprises à l'examen. Elle a réussi l'examen oral à la dixième tentative mais a échoué l'examen écrit à la onzième. C'est alors

amended) and 16 of the *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q. 1977, c. C-12. The Quebec Superior Court dismissed her action, J.E. 82-704, and a majority of the Court of Appeal allowed it: [1984] C.A. 492, 7 Admin. L.R. 268.

That, briefly stated, is the entire case. The matter is singularly complicated by the fact that, since the institution of these proceedings, the *Charter of the French language* has been substantially amended, *inter alia*, by incorporating in the new wording of s. 35 a modified version of s. 2(a) of the subject Regulations. The first question that arises is whether, as a consequence of this, the appeal has become academic. If not, can the motion for declaratory judgment be entertained?

Act and Regulations

At the time the proceedings were brought, on December 24, 1981, ss. 35 and 114 of the *Charter of the French language* read as follows:

35. The professional corporations shall not issue permits in Québec except to persons whose knowledge of the official language is appropriate to the practice of their profession.

Proof of that knowledge must be given in accordance with the regulations of the Office de la langue française, which may provide for the holding of examinations and the issuance of certificates.

114. The Office may

(a) adopt regulations within its competence under this act, which shall be submitted for examination to the Conseil de la langue française;

(d) establish by by-law the services and committees necessary for the attainment of its purposes;

The relevant provisions of the Regulations adopted by the Office de la langue française under ss. 35 and 114 above are contained in ss. 2 and 3:

2. For the purposes of sections 35 to 39 of the Act, a person is considered to have knowledge of the official language appropriate to the practice of a given profession if he meets one of the following requirements:

qu'elle entreprit des procédures judiciaires pour faire déclarer nuls certains articles du Règlement alléguant qu'ils étaient discriminatoires particulièrement au regard des art. 10 (tel que modifié) et 16 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. 1977, chap. C-12. La Cour supérieure du Québec lui a donné tort, J.E. 82-704, la Cour d'appel majoritairement lui a donné raison: [1984] C.A. 492, 7 Admin. L.R. 268.

C'est ainsi, sommairement campé, tout le litige. L'affaire se complique singulièrement du fait que, depuis l'institution de ces procédures, la *Charte de la langue française* a été substantiellement modifiée, entre autres en incorporant au nouveau texte de l'art. 35, une version modifiée de l'al. 2a) du Règlement en litige. La première question qui se pose est de déterminer si, de ce fait, le débat est devenu académique. Sinon, la requête en jugement déclaratoire est-elle bien fondée?

La loi et le règlement

Lors de l'institution des procédures, le 24 décembre 1981, les art. 35 et 114 de la *Charte de la langue française* se lisaient comme suit:

35. Les ordres professionnels ne peuvent délivrer de permis au Québec qu'à des personnes ayant de la langue officielle une connaissance appropriée à l'exercice de leur profession.

Cette connaissance doit être prouvée suivant les règlements de l'Office de la langue française, lesquels peuvent pourvoir à la tenue d'examens et à la délivrance d'attestations.

114. L'Office peut:

a) adopter des règlements qui sont de sa compétence en vertu de la présente loi et qui seront soumis à l'examen du Conseil de la langue française;

d) établir, par règlement, les services et les comités nécessaires à l'accomplissement de sa tâche;

Les dispositions pertinentes du Règlement adopté par l'Office de la langue française en vertu des art. 35 et 114 ci-dessus se retrouvaient aux art. 2 et 3:

2. Pour l'application des articles 35 à 39 de la Loi, une personne est considérée avoir de la langue officielle une connaissance appropriée à l'exercice d'une profession donnée si elle satisfait à l'une des exigences suivantes:

- (a) if he proves to the satisfaction of the professional corporation that he has taken at least three years of full time instruction given in French, at the secondary level or later;
- (b) if he is the holder of the certificate contemplated in section 8 of this Regulation;
- (c) if he is the holder of a certificate issued by the *Régie de la langue française* in accordance with the Regulation respecting a working knowledge of the French language necessary to obtain a permit from a professional corporation, made under section 21 of the Official Language Act (1974, c. 6);
- (d) if he had, prior to the coming into force of this Regulation, obtained a document certifying that he has a working knowledge of the French language issued in accordance with the Regulation concerning standards for evaluating the working knowledge of French of an immigrant wishing to be admitted to the study or the practice [*sic*] of a profession in Quebec, made under section 4 of the Professional Matriculation Act (R.S.Q., 1964, c. 246).

3. A committee shall prepare the standardized tests used to evaluate the knowledge of the official language appropriate to the practice of a profession.

This knowledge shall be evaluated in relation to five criteria:

- (a) oral French comprehension;
- (b) written French comprehension;
- (c) oral French expression;
- (d) written French expression;
- (e) knowledge of and ability to use the French terminology of the profession.

The committee contemplated in the first paragraph of this section shall be composed of three members, one of whom is designated by the Office, one by the *Office des professions* and one by the Minister.

That was the state of the law at the time the Superior Court rendered the judgment on July 8, 1982. It was also the state of the law at the time the case was appealed (July 9, 1982) and argued (September 1983). Between the hearing on appeal and the judgment of the Court of Appeal (August 31, 1984), s. 35 of the *Charter of the French language* was amended (*An Act to amend the Charter of the French language*, S.Q. 1983, c. 56, s. 9). It came into effect on February 1, 1984 and now reads:

- a) avoir démontré, à la satisfaction de l'ordre professionnel, qu'elle a suivi, à temps plein, à compter du niveau secondaire, au moins trois années d'un enseignement donné en langue française;
- a b) être titulaire de l'attestation visée à l'article 8 du présent règlement;
- c) être titulaire d'une attestation délivrée par la Régie de la langue française conformément au Règlement relatif à la connaissance d'usage de la langue française nécessaire pour l'obtention d'un permis d'une corporation professionnelle, adopté en vertu de l'article 21 de la Loi sur la langue officielle (1974, c. 6);
- d) avoir obtenu, avant l'entrée en vigueur du présent règlement, un document attestant qu'elle possédait une connaissance d'usage de la langue française, délivré conformément au Règlement concernant les normes d'évaluation de la connaissance d'usage de français d'un immigrant désirant être admis à l'étude ou à l'exercice d'une profession au Québec, adopté en vertu de l'article 4 de la Loi d'admission à l'étude et à l'exercice de professions (S.R.Q. 1964, c. 246).

3. Un comité établit les examens normalisés servant à évaluer la connaissance de la langue officielle appropriée à l'exercice d'une profession.

Cette connaissance s'évalue selon un ensemble de cinq critères:

- a) la compréhension du français oral,
- b) la compréhension du français écrit,
- c) l'expression orale en français,
- d) l'expression écrite en français,
- e) la connaissance et la capacité d'utilisation de la terminologie française de la profession.

Le comité visé au premier alinéa du présent article est composé de trois membres dont un est désigné par l'Office, un par l'Office des professions et un par le ministre.

C'était là l'état de la loi au moment où fut prononcé le jugement de la Cour supérieure, le 8 juillet 1982. C'était aussi l'état de la loi au moment où la cause fut portée en appel le 9 juillet 1982 et lorsqu'elle y fut plaidée en septembre 1983. Entre le moment de l'audition en appel et le prononcé du jugement de la Cour d'appel, le 31 août 1984, l'art. 35 de la *Charte de la langue française* a été modifié (*Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. 1983, chap. 56, art. 9). En vigueur le 1^{er} février 1984, il se lit maintenant:

35. The professional corporations shall not issue permits except to persons whose knowledge of the official language is appropriate to the practice of their profession.

A person is deemed to have the appropriate knowledge if

(1) he has received, full time, no less than three years of secondary or post-secondary instruction provided in French;

(2) he has passed the fourth or fifth year secondary level examinations in French as the first language;

(3) from and after the school year 1985-86, he obtains a secondary school certificate in Québec.

In all other cases, a person must obtain a certificate issued by the Office de la langue française or defined as equivalent by regulation of the Office.

The Office, by regulation, may determine the procedures and conditions of issue of certificates, provide for the establishment of an examining committee and its mode of operation, and determine criteria for evaluating the appropriate knowledge of French for the practice of a profession or a category of professions and a mode of evaluating such knowledge.

Section 50 of that Act provides:

50. Regulations of the Office de la langue française and of the Government that were made under provisions of the Charter of the French language which are replaced by this Act remain in force until repealed or replaced.

No relevant regulations have since been adopted under the amended s. 35 and the regulations adopted under the former s. 35 of the *Charter of the French language* have neither been repealed nor replaced.

Proceedings and Judgments

By motion for declaratory judgment dated December 24, 1981, Nancy Forget, the respondent in this Court, sought the following conclusions:

(1) To allow this motion;

(2) To declare:

(a) that Regulation 2 or Regulation 2(a) on the Professional Regulations O.C. 2851-77 is void, ultra vires and/or inoperative;

(b) to declare that Regulation 3 of the same regulation is void and ultra vires;

35. Les ordres professionnels ne peuvent délivrer de permis qu'à des personnes qui ont de la langue officielle une connaissance appropriée à l'exercice de leur profession.

a Une personne est réputée avoir cette connaissance si:

1° elle a suivi, à temps plein, au moins trois années d'enseignement de niveau secondaire ou post-secondaire dispensé en français;

b 2° elle a réussi les examens de français langue maternelle de la quatrième ou de la cinquième année du cours secondaire;

c 3° à compter de l'année scolaire 1985-1986, elle obtient au Québec un certificat d'études secondaires.

Dans les autres cas, une personne doit obtenir une attestation délivrée par l'Office de la langue française ou définie comme équivalente par règlement de l'Office.

d L'Office peut, par règlement, fixer les modalités et les conditions de délivrance d'une attestation, pourvoir à la constitution d'un comité d'examen et à son mode de fonctionnement et établir des critères et un mode d'évaluation de la connaissance du français appropriée à l'exercice d'une profession ou d'une catégorie de professions.

e L'article 50 de la Loi modificatrice de 1983 prescrit:

f 50. Les règlements de l'Office de la langue française et du gouvernement adoptés en vertu des dispositions de la Charte de la langue française remplacés par la présente loi demeurent en vigueur jusqu'à ce qu'ils soient abrogés ou remplacés.

g Aucun règlement applicable en l'espèce n'a été depuis adopté en vertu de l'art. 35 modifié et les règlements en vigueur sous l'ancien art. 35 de la *Charte de la langue française* n'ont été ni abrogés ni remplacés.

Les procédures et les jugements

h Par requête en jugement déclaratoire formée le 24 décembre 1981, Nancy Forget, ici intimée, recherchait les conclusions suivantes:

i [TRADUCTION] (1) Faire droit à la présente requête;

(2) Déclarer:

a) que l'article 2 ou l'alinéa 2a) du Règlement relatif à la connaissance de la langue officielle nécessaire pour l'obtention d'un permis d'un ordre professionnel, A.C. 2851-77, est nul, ultra vires ou inopérant;

j b) que l'article 3 du même règlement est nul et ultra vires;

(c) to declare that she is entitled to practise her profession;

(d) Even if the above are not correct, to declare her exempt from any written test which is clearly inappropriate to her profession.

The Quebec Superior Court did not have to rule on these conclusions as it dismissed the motion. A majority of the Quebec Court of Appeal allowed the appeal [TRANSLATION] "but solely to invalidate ss. 2(a) and 3 of the Regulation respecting the knowledge of the official language necessary to obtain a permit from a professional corporation". It did not pronounce on the other conclusions of the motion.

On appeal, with leave of this Court the Attorney General of Quebec is asking the Court to declare valid these same sections of the Regulations. Respondent, for her part, while asking the Court to dismiss the appeal, put forward the following additional conclusion: "declaring her right to be admitted to her profession without any French test".

Before discussing the merits of the appeal it must be decided whether, as a consequence of the coming into effect of the new s. 35 of the *Charter of the French Language*, the question has become academic, as regards the interpretation of legislation which has since been amended, and without basis, as regards the conclusions sought by Nancy Forget. In this last respect, what is to become of the additional conclusion sought in this Court by respondent given the nature of the proceedings?

I note in passing that neither of the parties' factums makes the slightest reference to the amendment to s. 35 of the *Charter of the French language*, though it came into effect before the Court of Appeal judgment and *a fortiori* before leave to appeal was given, and in any event before the hearing in this Court. This is, to say the least, surprising. The Court raised the matter of its own motion and the parties argued the point at the Court's invitation. The Court reserved judgment on this point and the hearing proceeded on the merits of the case.

c) que la requérante a le droit d'exercer sa profession;

d) que, en tout état de cause, la requérante est exemptée de toute épreuve écrite n'ayant manifestement aucun rapport avec sa profession.

Ayant rejeté la requête, la Cour supérieure du Québec n'a pas eu à se prononcer sur ces conclusions. La Cour d'appel du Québec a majoritairement accueilli le pourvoi «uniquement cependant pour déclarer illégaux les art. 2a) et 3 du Règlement sur la connaissance de la langue officielle nécessaire pour l'obtention d'un permis d'un ordre professionnel». Elle ne s'est pas prononcée sur les autres conclusions de la requête.

En appel, autorisé par cette Cour, le procureur général du Québec demande de déclarer valides ces mêmes articles. L'intimée pour sa part, tout en demandant le rejet de l'appel, formule la conclusion additionnelle suivante: [TRADUCTION] «qu'il soit déclaré qu'elle a le droit d'être admise à exercer sa profession sans avoir à subir d'épreuve de français».

Avant de discuter du fond du pourvoi, il y a lieu de décider si, par suite de l'entrée en vigueur du nouvel art. 35 de la *Charte de la langue française*, le débat est d'une part devenu académique en ce qui regarde l'interprétation d'une loi depuis abrogée et d'autre part sans objet en ce qui concerne les conclusions recherchées par Nancy Forget. À ce dernier égard, qu'en est-il de la conclusion additionnelle recherchée devant cette Cour par l'intimée au regard de la procédure adoptée?

Je note en passant que ni l'un ni l'autre des mémoires des parties ne fait la moindre allusion aux modifications de l'art. 35 de la *Charte de la langue française*, pourtant entrées en vigueur avant l'arrêt de la Cour d'appel et à fortiori avant que permission d'en appeler ait été accordée et, à tout événement, avant l'audition devant cette Cour. On ne peut que s'en étonner. C'est la Cour qui a soulevé cette question *proprio motu* sur laquelle, à son invitation, les parties ont plaidé. La décision sur ce point ayant été prise en délibéré, l'audition a procédé au fond.

The Issue

It should be noted at the outset that neither the Superior Court nor the Court of Appeal was called upon to rule on the principle embodied in s. 35 of the *Charter of the French language* as it stood at the time, namely, the requirement of proving appropriate knowledge of French in order to practise a profession in Quebec. This Court is not called upon to rule on this matter or the subsequent amendment to s. 35 which did not alter the principle found in the original section. Nancy Forget did not question that principle or challenge the legality of s. 35 of the *Charter* in her motion. Only sections 2(a) and 3 of the Regulations adopted under s. 35 of the *Charter* were subject to challenge.

Secondly, on the merits of the appeal, the parties' factums deal solely with the provisions in effect at the time, in particular with ss. 2(a) and 3 of the subject Regulations. Section 2(a), substantially modified, has, since the amendments, become an integral part of s. 35 of the *Charter*.

Finally, respondent appears to have assumed that if conclusions 2(a) and (b) of her motion for declaratory judgment were allowed, conclusions (c) and (d) and the additional conclusion sought in this Court would necessarily follow. In brief, according to the allegation made by respondent in paragraph 15 of her motion:

15. Regulation 2(a) and Regulation 3 are the essential regulations and if they are void there is no regulation in force under Section 35 of the Act and Petitioner is entitled to practise her profession until a lawful test is set up;

That, in my view, is the fundamental ambiguity in this entire case. The Court of Appeal, which allowed conclusions 2(a) and (b) of the motion for declaratory judgment, was very careful to point out that it was allowing the appeal "but solely to invalidate ss. 2(a) and 3 of the Regulation . . .", without ruling on conclusions (c) and (d) of the motion, and rightly so. Even assuming, without deciding the point, that such conclusions and the

L'enjeu du débat

Il est important de noter dès le départ que ni la Cour supérieure ni la Cour d'appel n'ont été appelées à se prononcer sur le principe qu'exprime l'art. 35 de la *Charte de la langue française* dans sa formulation à l'époque, soit la nécessité de prouver une connaissance appropriée de la langue française pour exercer une profession au Québec. Cette Cour n'est pas appelée à statuer à cet égard non plus qu'en fonction de l'art. 35 tel que modifié depuis mais dont le principe n'a pas pour autant été altéré. Nancy Forget ne remet pas en cause cet énoncé: la légalité de l'art. 35 de la *Charte* n'a pas fait l'objet de sa requête, seuls l'art. 2a) et l'art. 3 du Règlement adopté sous l'autorité de l'art. 35 de la *Charte*.

En second lieu, les mémoires des parties sur le fond de l'appel ont été rédigés uniquement en fonction des dispositions en vigueur à l'époque, en particulier l'art. 2a) et l'art. 3 du Règlement attaqué. Or, l'alinéa 2a), substantiellement modifié, fait, depuis les modifications, partie intégrante de l'art. 35 de la *Charte*.

Finalement, l'intimée semble avoir pris pour acquis que si les conclusions 2a) et b) de sa requête en jugement déclaratoire étaient accueillies, les conclusions c) et d) ainsi que la conclusion additionnelle recherchée devant cette Cour s'ensuivraient automatiquement. Bref, selon l'allégation formulée par l'intimée au paragraphe 15 de sa requête:

[TRADUCTION] 15. Les dispositions essentielles sont l'alinéa 2a) et l'article 3 du règlement et dans la mesure où ils sont entachés de nullité, il n'y a aucun règlement en vigueur en vertu de l'article 35 de la Loi; par conséquent, la requérante a le droit d'exercer sa profession jusqu'à ce que soit établie une épreuve conforme à la Loi;

C'est là, à mon avis, l'ambiguïté fondamentale de tout ce litige. La Cour d'appel, qui a accueilli les conclusions 2a) et b) de la requête en jugement déclaratoire a bien pris soin de préciser qu'elle accueillait l'appel «uniquement cependant pour déclarer illégaux les art. 2a) et 3 du Règlement . . .» sans se prononcer sur les conclusions c) et d) de la requête. Et pour cause. Même en présumant sans pour autant en décider que telles

additional conclusion sought by respondent in this Court could be the subject of a motion for declaratory judgment, the declaration of invalidity of ss. 2(a) and 3 of the Regulations, if affirmed by this Court, would not have the effect of either requiring the professional corporation mis en cause to admit respondent to the practice of her profession or of enabling respondent to practise her profession without being first required to establish that she had "knowledge of the official language appropriate to the practice of [her] profession", as provided at the time, and still provided, by s. 35 of the *Charter of the French language*, which was neither challenged nor vacated.

The fact that ss. 2(a) and 3 of the Regulations adopted pursuant to s. 35 of the *Charter* were declared invalid by the Court of Appeal judgment, does not render invalid the other sections of the Regulations in question or s. 114 of the *Charter of the French language*, cited above.

Subsections (b) and (c) of s. 2 of the Regulations, which were not invalidated, provide the method by which proof of such adequate knowledge can be made; ss. 4 and 5 provide for the formalities for examinations, and so on:

2. For the purposes of sections 35 to 39 of the Act, a person is considered to have knowledge of the official language appropriate to the practice of a given profession if he meets one of the following requirements:

(b) if he is the holder of the certificate contemplated in section 8 of this Regulation;

(c) if he is the holder of a certificate issued by the *Régie de la langue française* in accordance with the Regulation respecting a working knowledge of the French language necessary to obtain a permit from a professional corporation, made under section 21 of the Official Language Act (1974, c. 6);

4. The Office shall provide for the holding of examinations at least six times a year at the places and on the dates it shall fix.

5. A person who wishes to take an examination must apply to the Office which shall notify him of the date, hour and place of the examination.

conclusions, de même que la conclusion additionnelle recherchée par l'intimée devant cette Cour, puissent faire l'objet d'un recours en jugement déclaratoire, la déclaration d'illégalité de l'al. 2a) et de l'art. 3 du Règlement, si elle était confirmée par cette Cour, ne saurait avoir comme conséquence ni d'obliger la corporation professionnelle mise en cause à admettre l'intimée à l'exercice de sa profession ni de permettre à l'intimée d'exercer sa profession sans que celle-ci soit obligée de faire la preuve qu'elle a «de la langue officielle une connaissance appropriée à l'exercice [de sa] profession» tel que le prescrivait alors et le prescrit encore l'art. 35 de la *Charte de la langue française* qui n'est ni attaqué ni déclaré illégal.

En déclarant illégaux l'al. 2a) et l'art. 3 du Règlement adopté en vertu de l'art. 35 de la *Charte*, la Cour d'appel n'a pas pour autant aboli les autres articles du Règlement en question ni l'art. 114 de la *Charte de la langue française*, que j'ai déjà cité.

Or, les alinéas 2b) et c) du Règlement, qui n'ont pas été déclarés illégaux, prévoient le mode par lequel cette preuve peut être faite, les art. 4 et 5, les formalités relatives aux examens, etc.:

2. Pour l'application des articles 35 à 39 de la Loi, une personne est considérée avoir de la langue officielle une connaissance appropriée à l'exercice d'une profession donnée si elle satisfait à l'une des exigences suivantes:

b) être titulaire de l'attestation visée à l'article 8 du présent règlement.

c) être titulaire d'une attestation délivrée par la Régie de la langue française conformément au Règlement relatif à la connaissance d'usage de la langue française nécessaire pour l'obtention d'un permis d'une corporation professionnelle, adopté en vertu de l'article 21 de la Loi sur la langue officielle (1974, c. 6);

4. L'Office organise des séances d'examens au moins six fois par année, aux endroits et aux dates qu'il fixe.

5. Une personne qui désire se présenter à une séance d'examens en fait la demande à l'Office qui lui en précise l'endroit, la date et l'heure.

6. Each examination sitting shall be presided over by a person designated by the Office. Two other persons may also be present, one designated by the *Office des professions* the other by the Minister.

7. When a person sits the examination, the Office shall notify him of the result within two weeks, and at the same time notify the Office des professions, the Minister and the professional corporation.

8. If the person passes the examination, the Office shall issue him a certificate to that effect.

9. If the person fails the examination [*sic*], he may, in the month following receipt of the result, make a written request to the Office for a review of his examination. He must wait three months before sitting another examination.

10. For such review, the Office shall establish a committee of three, two of whom are from the service responsible for administering the examinations and the third from outside that service. The Committee must deal with the request for review within two weeks following its receipt.

The Office shall immediately inform the person concerned in writing of the committee's decision.

11. Subject to section 9, a person may sit an examination as often as he wishes.

In light of s. 35 of the *Charter*, which empowers the Office de la langue française to "provide for the holding of examinations and the issuance of certificates", and in light of s. 114 of that *Charter*, which empowers the Office to adopt such regulations and establish "the . . . committees necessary for the attainment of its purposes", and the Regulations adopted pursuant thereto, the only effect of the Court of Appeal judgment invalidating ss. 2(a) and 3 of the Regulations is to require all candidates seeking to practise a profession in Quebec, to hold a certificate from the Office de la langue française that they have the appropriate knowledge of the official language required by s. 35 of the *Charter*, as it stood at the time or in its present form.

Section 2(a) of the Regulations, which created the presumption that a certain class of persons possessed this appropriate knowledge, was found discriminatory by the Court of Appeal. Persons to whom the presumption applied had been exempted from producing such certificate. Absent that pre-

6. Chaque séance d'examens est présidée par une personne désignée par l'Office. Peuvent également y assister deux personnes désignées, l'une par l'Office des professions, l'autre par le ministre.

a 7. Lorsqu'un (*sic*) personne s'est présentée à une séance d'examens, l'Office lui transmet le résultat ainsi qu'à l'Office des professions, au ministre et à l'ordre professionnel et ce, dans un délai de deux semaines.

b 8. Si la personne réussit l'examen, l'Office lui en délivre l'attestation.

c 9. Si la personne échoue, elle peut, dans le mois qui suit la réception des résultats, demander par écrit à l'Office une révision de son examen. Cette personne doit attendre trois mois avant de se représenter.

d 10. Pour procéder à cette révision, l'Office établit un comité composé de trois membres dont deux relèvent du service responsable de l'administration des examens et dont le troisième ne relève pas de ce service. Le comité doit disposer de la demande de révision dans les deux semaines qui suivent sa réception.

L'Office informe immédiatement et par écrit cette personne de la décision du comité.

e 11. Sous réserve de l'article 9, une personne peut se présenter aux séances d'examens autant de fois qu'elle le désire.

f Compte tenu de l'art. 35 de la *Charte* qui habilite l'Office de la langue française à «pourvoir à la tenue d'examens et à la délivrance d'attestations» et de l'art. 114 de la même *Charte* qui habilite l'Office à adopter tels règlements et à établir les «comités nécessaires à l'accomplissement de sa tâche» ainsi que du Règlement adopté sous son autorité, le seul effet que peut avoir le jugement de la Cour d'appel déclarant illégaux l'al. 2a) et l'art. 3 du Règlement est d'obliger tous les postulants à l'exercice d'une profession au Québec, à être titulaires d'une attestation de l'Office de la langue française portant qu'ils possèdent la connaissance appropriée de la langue officielle exigée par l'ancien et le nouvel art. 35 de la *Charte*.

i En effet, l'al. 2a) du Règlement créait une présomption qu'une certaine catégorie de personnes possédait cette connaissance appropriée, ce qui a été jugé discriminatoire par la Cour d'appel. Les personnes visées par la présomption étaient dispensées de fournir l'attestation en question. Cette

sumption, the certificate issued under s. 35 was required of everyone. This situation, which was clearly not intended by the legislator, has since been rectified by the amended s. 35 of the *Charter*, which incorporates a modified version of s. 2(a) of the Regulations, and which at the same time eliminates the very basis of the alleged discrimination set out in respondent's motion for declaratory judgment.

Section 3 was not essential to, but merely useful for the application of s. 35 of the *Charter*. Given the validity of the other provisions of the Regulations, the fact that s. 3 was found invalid does not in any way alter the requirement that a candidate must hold a certificate prescribed by the *Charter* in order to practise a profession in Quebec since the Regulations are still in effect.

It accordingly seems clear that, even if the appeal were dismissed, and *a fortiori* if it were allowed, Nancy Forget's status would not be affected. Whether under the former or the amended s. 35 of the *Charter*, under ss. 2(a) and 3 of the Regulations, invalid or not, the conclusions sought by respondent regarding her personal status, namely conclusions (c) and (d) of her motion and the additional conclusion sought in this Court, could not be allowed. This is indeed what was argued by counsel for the appellant, both in his written opposition to respondent's motion (in paragraph 9, he denies paragraph 15 reproduced above) and at the hearing, while at the same time, of course, seeking a declaration that ss. 2(a) and 3 of the Regulations are valid.

Counsel for the respondent, for his part, argued that the question has become academic in view of the amendment made to s. 35 of the *Charter* and irrelevant as to respondent, although he took a different position as to Nancy Forget's status, arguing in this regard that, whether the appeal is allowed or not, before and after the amendment to s. 35 of the *Charter*, Nancy Forget had the right to practise her profession in Quebec without holding a certificate of appropriate knowledge of the official language to practise that profession. The fact that I have come to a contrary conclusion on this last point in no way alters the fact that the ques-

présomption disparue, tous doivent être titulaires de l'attestation requise par l'art. 35. Cette situation, de toute évidence non voulue par le législateur, a depuis été réglée par la modification apportée à l'art. 35 de la *Charte* en y incorporant une version modifiée de l'al. 2a) du Règlement ce qui éliminait par la même occasion les motifs mêmes de discrimination invoqués par l'intimée pour appuyer sa requête en jugement déclaratoire.

Quant à l'art. 3 du Règlement, aussi déclaré illégal, comme il n'était pas essentiel mais uniquement utile pour l'application des dispositions de l'art. 35 de la *Charte* vu les autres dispositions du Règlement, le fait qu'il ait été déclaré illégal ne change rien à la nécessité pour un candidat à l'exercice d'une profession au Québec de détenir l'attestation prévue à la *Charte* et au Règlement toujours en vigueur.

Il m'apparaît donc clair que, même si l'appel était rejeté, à fortiori s'il était accueilli, le statut de Nancy Forget ne saurait être affecté. Que ce soit sous l'ancien ou le nouvel art. 35 de la *Charte*, sous l'al. 2a) et l'art. 3 du Règlement, illégaux ou non, les conclusions recherchées par l'intimée quant à son statut personnel, soit les conclusions c) et d) de sa requête et la conclusion additionnelle recherchée devant nous, ne sauraient être accueillies. C'est d'ailleurs ce qu'a soutenu le procureur de l'appelant, tant dans sa contestation écrite de la requête de l'intimée (au paragraphe 9, il nie le paragraphe 15 que j'ai déjà reproduit) que lors de l'audition, tout en recherchant évidemment une déclaration de validité de l'al. 2a) et de l'art. 3 du Règlement attaqué.

Le procureur de l'intimée a, pour sa part, plaidé que le débat était devenu académique vu la modification apportée à l'art. 35 de la *Charte* et sans objet quant à l'intimée malgré qu'il ait pris une position différente quant au statut de Nancy Forget, prétendant plutôt à cet égard que, l'appel accueilli ou non, avant comme depuis la modification de l'art. 35 de la *Charte*, Nancy Forget avait le droit d'exercer sa profession au Québec sans posséder d'attestation de connaissance appropriée de la langue officielle pour l'exercice de sa profession. Le fait que j'en arrive à une conclusion contraire sur ce dernier point ne change rien au

tion has become irrelevant so far as Nancy Forget's status is concerned. She has already obtained everything she can possibly get. It is further clear that in terms of the legislation, which has now been substantially amended, the question can only be an academic one.

It is well-settled law that the function of the courts is not to rule on abstract or hypothetical propositions of law, when the substratum of the case no longer exists or when the decision sought cannot be given practical, direct and immediate effect between the parties (*Archbald v. Delisle* (1895), 25 S.C.R. 1; see also *McKay v. Township of Hinchinbrooke* (1894), 24 S.C.R. 55; *Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524 (P.C.); *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117 (P.C.); *The King ex rel. Tolfree v. Clark*, [1944] S.C.R. 69; *Sun Life Assurance Co. of Canada v. Jervis*, [1944] A.C. 111 (H.L.); *Coca-Cola Co. of Canada Ltd. v. Mathews*, [1944] S.C.R. 385; *Re Collins and The Queen* (1973), 13 C.C.C. (2d) 172 (Ont. C.A.); *Re Cadeddu and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 481 (C.A.))

This rule is certainly not immutable and the courts may in their discretion override it for reasons of general public interest or the proper administration of justice (*Vic Restaurant Inc. v. City of Montreal*, [1959] S.C.R. 58); if a reference is involved, as mentioned in *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; when the point of law raised is of major national importance and the lower courts have expressed divergent opinions, or when there is little chance it will be brought to this Court for a long time (*International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] S.C.R. 628); if it is an important constitutional issue "determined by a court of appeal judgment which would remain unreviewed by this Court" (*Re: Objection to a resolution to amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793, at p. 806).

fait que le débat est devenu sans objet quant au statut de Nancy Forget. Elle a déjà obtenu le maximum de ce qu'elle pouvait espérer obtenir. Il est évident, par ailleurs, que sur le plan de la loi, maintenant substantiellement modifiée, le débat ne peut être qu'académique.

Il est bien établi que les tribunaux n'ont pas pour mission de se prononcer sur des propositions de droit abstraites ou hypothétiques ou lorsque le substratum du litige n'existe plus non plus que lorsque la décision recherchée n'est pas susceptible d'application pratique, directe et immédiate entre les parties (*Archbald v. Delisle* (1895), 25 R.C.S. 1; voir également: *McKay v. Township of Hinchinbrooke* (1894), 24 R.C.S. 55, *Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524 (P.C.), *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117 (P.C.), *The King ex rel. Tolfree v. Clark*, [1944] R.C.S. 69, *Sun Life Assurance Co. of Canada v. Jervis*, [1944] A.C. 111 (H.L.), *Coca-Cola Co. of Canada Ltd. v. Mathews*, [1944] R.C.S. 385, *Re Collins and The Queen* (1973), 13 C.C.C. (2d) 172 (C.A. Ont.), *Re Cadeddu and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 481 (C.A.))

Cette règle n'est certes pas immuable et les tribunaux, dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, passeront outre pour des motifs d'intérêt public général ou de bonne administration de la justice (*Vic Restaurant Inc. v. City of Montreal*, [1959] R.C.S. 58); s'il s'agit d'un renvoi comme il y est fait allusion dans l'arrêt *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; lorsque la question de droit soulevée est d'une grande importance nationale et que les tribunaux inférieurs ont exprimé des opinions divergentes ou encore lorsqu'il y a peu de chance qu'elle soit portée devant cette Cour avant longtemps (*International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] R.C.S. 628); s'il s'agit d'une importante question constitutionnelle «tranchée par une cour d'appel dont la décision serait soustraite à l'examen ultérieur de cette Cour» (*Re: Opposition à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793, à la p. 806).

Although I am not suggesting that this list is exhaustive, the fact remains that the case before this Court does not in any way fall within the grounds on which this Court could depart from the general rule that, even of its own motion, the Court will refuse to make a ruling when there is no longer any issue and the question is purely academic.

In my opinion a judgment which is of great relevance here is that of the House of Lords in *Sun Life Assurance Co. of Canada v. Jervis, supra*, in which Viscount Simon, L.C., said (at pp. 113-14):

My Lords, in my opinion, the House should decline to hear this appeal on the ground that there is no issue before us to be decided between the parties. The difficulty is that the terms put on the appellants by the Court of Appeal are such as to make it a matter of complete indifference to the respondent whether the appellants win or lose. The respondent will be in exactly the same position in either case. He has nothing to fight for, because he has already got everything that he can possibly get, however the appeal turns out, and cannot be deprived of it. I do not think that it would be a proper exercise of the authority which this House possesses to hear appeals if it occupies time in this case in deciding an academic question, the answer to which cannot affect the respondent in any way. If the House undertook to do so, it would not be deciding an existing lis between the parties who are before it, but would merely be expressing its view on a legal conundrum which the appellants hope to get decided in their favour without in any way affecting the position between the parties. What is sometimes called a "friendly action" is not necessarily open to this objection, either in the first court or on appeal, for the respective parties in such an action are arguing for different results and the winner gains something which he would not gain if he lost, but the objection here is that, if the appeal fails, the respondent gains nothing at all from his success.

The appeal has become irrelevant and the question purely academic given the application of these principles to the case at bar and in light of the fact that here, as in the case above, there is no issue before the Court to be decided between the parties. As there is no important point of law to be decided which would be in the general public interest or in

Quoique je ne prétende pas que cette liste soit exhaustive, il n'en reste pas moins que l'affaire dont cette Cour est saisie n'entre aucunement dans le cadre des motifs pouvant inciter cette Cour à écarter la règle générale qui veut que, même *proprio motu*, la Cour refusera de se prononcer lorsque l'enjeu du débat est sans objet et la question purement académique.

À mon avis s'applique ici avec beaucoup d'à propos la décision de la Chambre des lords dans l'arrêt *Sun Life Assurance Co. of Canada v. Jervis*, précité, où le vicomte Simon, lord chancelier, disait (aux pp. 113 et 114):

[TRADUCTION] Vos Seigneuries, j'estime que nous devrions refuser d'entendre cet appel parce qu'il ne nous saisit d'aucune question à trancher en ce qui concerne les parties au litige. La difficulté vient de ce que les conditions imposées aux appelants par la Cour d'appel font qu'il est parfaitement indifférent à l'intimé que les appelants obtiennent gain de cause ou qu'ils soient déboutés. Dans les deux cas, la situation de l'intimé sera exactement la même. Il n'a plus rien à gagner parce qu'il a déjà obtenu tout ce qu'il était possible de lui accorder et, quelle que soit l'issue de l'appel, on ne saurait l'en priver. À mon avis, cette Chambre exercerait mal sa compétence en matière d'appel si, en l'espèce, elle s'attardait sur une question purement théorique dont la réponse ne peut avoir aucun effet sur l'intimé. Si cette Chambre décidait de se prononcer sur cette question, elle ne se trouverait pas à statuer sur un litige en cours entre les parties; elle ne ferait en réalité qu'exprimer son opinion sur une énigme juridique que l'appelante espère voir résolue en sa faveur sans rien changer toutefois à la situation des parties. Or, le type d'action qu'on appelle parfois «action amicale» ne donne pas nécessairement prise à cette objection, que ce soit en première instance ou en appel, car les parties dans ce cas-là visent à obtenir des résultats différents et la partie qui obtient gain de cause reçoit quelque chose qu'elle n'aurait pas eu si elle avait succombé. En l'espèce, par contre, on peut objecter que, au cas où l'appel serait rejeté, le succès de l'intimé ne lui rapporterait absolument rien.

Appliquant ces principes en l'instance, compte tenu qu'ici comme là le débat qu'on nous propose est devenu sans objet et la question purement académique, en l'absence de question de droit importante qu'il faudrait trancher dans l'intérêt public général ou pour la bonne administration de la justice, j'estime qu'il n'y a pas lieu pour cette

the interests of the sound administration of justice, I am of the opinion that there is no basis for this Court to rule on the merits of this appeal and that it should instead quash the appeal, each party to pay its own costs.

Appeal allowed with costs against appellant, DICKSON C.J. and WILSON and L'HEUREUX-DUBÉ JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant and the mis en cause the Office de la langue française: Pierre Lemieux, André Gaudreau, Gilles Grenier and Julie Hudon, Ste-Foy.

Solicitors for the respondent: Grey, Gasgrain, Biron, Montréal.

Solicitor for the mis en cause the Corporation professionnelle des infirmiers et infirmières auxiliaires du Québec: Monique Beaudoin, Montréal.

Cour de se prononcer sur le fond du pourvoi mais plutôt de l'annuler, chaque partie payant ses frais.

a

Pourvoi accueilli avec dépens contre l'appelant, le juge en chef DICKSON et les juges WILSON et L'HEUREUX-DUBÉ sont dissidents.

b

Procureurs de l'appelant et du mis en cause l'Office de la langue française: Pierre Lemieux, André Gaudreau, Gilles Grenier et Julie Hudon, Ste-Foy.

c

Procureurs de l'intimée: Grey, Casgrain, Biron, Montréal.

d

Procureur de la mise en cause la Corporation professionnelle des infirmiers et infirmières auxiliaires du Québec: Monique Beaudoin, Montréal.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Canadian Newspapers Company Limited
Respondent

and

**The Attorney General for Ontario and the
Attorney General of Quebec** *Interveners*

and

**Women's Legal Education and Action Fund,
Ontario Coalition of Rape Crisis Centres,
Barbra Schlifer Commemorative Clinic,
Women's College Hospital Sexual Assault
Care Centre Team, Metropolitan Toronto
Special Committee on Child Abuse, Metro
Action Committee on Public Violence
Against Women and Children, Broadside
Communications, Ltd., and Women
HealthSharing, Inc.** *Interveners*INDEXED AS: CANADIAN NEWSPAPERS CO. v. CANADA
(ATTORNEY GENERAL)

File No.: 19298.

1988: March 2; 1988: September 1.

Present: Dickson C.J. and Estey*, McIntyre, Lamer,
Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom
of the press — Mandatory ban on publication of identity
of a complainant in sexual case when request made
by complainant — Whether s. 442(3) of the Criminal
Code violates s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights
and Freedoms — If so, whether such violation justifi-
able under s. 1 of the Charter.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to
a public hearing — Mandatory ban on publication of
identity of a complainant in sexual case when request
made by complainant — Whether s. 442(3) of the
Criminal Code violates s. 11(d) of the Canadian Chart-
er of Rights and Freedoms — If so, whether such
violation justifiable under s. 1 of the Charter.*

* Estey J. took no part in the judgment.

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

Canadian Newspapers Company Limited*a Intimée*

et

**Le procureur général de l'Ontario et le
procureur général du Québec** *Intervenants**b*

et

**Fonds d'action et d'éducation juridiques pour
les femmes, Ontario Coalition of Rape Crisis
Centres, Barbra Schlifer Commemorative
Clinic, Women's College Hospital Sexual
Assault Care Centre Team, Metropolitan
Toronto Special Committee on Child Abuse,
Metro Action Committee on Public Violence
Against Women and Children, Broadside
Communications, Ltd., et Women
HealthSharing, Inc.** *Intervenants**c*RÉPERTORIÉ: CANADIAN NEWSPAPERS CO. c. CANADA
e (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 19298.

1988: 2 mars; 1988: 1^{er} septembre.Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Estey*,
f McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest et
L'Heureux-Dubé.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté
de la presse — Interdiction impérative de publier
l'identité du plaignant dans une affaire sexuelle lorsque
le plaignant en fait la demande — L'article 442(3) du
Code criminel viole-t-il l'art. 2b) de la Charte cana-
dienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative,
cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article
premier de la Charte?*

h

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à
une audience publique — Interdiction impérative de
publier l'identité du plaignant dans une affaire sexuelle
lorsque le plaignant en fait la demande — L'article
442(3) du Code criminel viole-t-il l'art. 11d) de la
Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'af-
firmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de
j l'article premier de la Charte?*

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

An accused was charged with sexual assault, contrary to s. 246.2(a) of the *Criminal Code*. The complainant, the accused's wife, applied for an order under s. 442(3) of the *Code* directing that her identity and any information that could disclose it should not be published in any newspaper or broadcast. Such an order is mandatory under that section when the applicant is the complainant. Respondent, appearing at the accused's trial, opposed the complainant's application on the basis that s. 442(3) violated the right of freedom of the press guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The trial judge made an interim order granting the complainant's application. The respondent then made a civil application for a declaration that s. 442(3) is unconstitutional. The trial judge upheld the validity of s. 442(3), dismissed the application and ordered a publication ban. He also rejected the accused's argument raised informally that s. 11(d) was violated. On appeal, the Court of Appeal held that s. 442(3) infringed s. 2(b) of the *Charter* and that the government had failed to demonstrate the need for a mandatory prohibition section, and as a result, severed from s. 442(3) the words "or if application is made by the complainant or prosecutor, shall". The Court held also that s. 442(3) did not violate the right to a fair and public hearing contained in s. 11(d) of the *Charter*.

Held: The appeal should be allowed.

Section 442(3) of the *Code* infringes the freedom of the press guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. Freedom of the press is an important and essential attribute of a free and democratic society, and measures which prohibit the media from publishing information deemed of interest obviously restrict that freedom.

The limit imposed by s. 442(3) on the freedom of the press is justifiable under s. 1 of the *Charter*. Section 442(3) purports to foster complaints by victims of sexual assault by protecting them from the trauma of widespread publication resulting in embarrassment and humiliation. Encouraging victims to come forward and complain facilitates the prosecution and conviction of those guilty of sexual offences. The overall objective of the publication ban imposed by s. 442(3) is to favour the suppression of crime and to improve the administration of justice. This objective undoubtedly bears on a "pressing and substantial concern" and is of sufficient importance to warrant overriding a constitutional right. The provision has a rational connection to the objective it is

L'accusé a été inculpé d'avoir commis une agression sexuelle contrairement à l'al. 246.2a) du *Code criminel*. En vertu du par. 442(3) du *Code*, la plaignante, la femme de l'accusé, a demandé une ordonnance enjoignant de ne pas publier dans un journal ou de ne pas diffuser à la radio ou à la télévision son identité ou des renseignements qui permettraient de la découvrir. Aux termes dudit paragraphe, cette ordonnance est impérative lorsque c'est le plaignant qui la demande. L'intimée a comparu au procès de l'accusé où elle s'est opposée à la demande de la plaignante pour le motif que le par. 442(3) viole le droit à la liberté de la presse garanti par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge du procès a rendu une ordonnance provisoire faisant droit à la demande de la plaignante. L'intimée a alors présenté au civil une demande de jugement déclarant le par. 442(3) inconstitutionnel. Le juge du procès a conclu à la validité du par. 442(3), a rejeté la demande et a imposé une interdiction de publication. Il a en outre rejeté l'argument, avancé de façon informelle par l'accusé, voulant qu'il y ait eu violation de l'al. 11d). En appel, la Cour d'appel a conclu que le par. 442(3) violait l'al. 2b) de la *Charte* et que le gouvernement n'était pas parvenu à prouver la nécessité d'un article prévoyant une interdiction impérative; elle a en conséquence retranché du par. 442(3) les mots «ou si le plaignant ou le poursuivant lui en fait la demande, doit». La Cour a décidé également que le par. 442(3) ne portait pas atteinte au droit à un procès public et équitable énoncé à l'al. 11d) de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le paragraphe 442(3) du *Code* porte atteinte à la liberté de la presse garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. La liberté de la presse est un attribut important et essentiel d'une société libre et démocratique et il est évident que des mesures interdisant aux médias de publier des renseignements estimés d'intérêt public limitent cette liberté.

La restriction qu'impose le par. 442(3) à la liberté de la presse est justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*. Le paragraphe 442(3) a pour but d'encourager les victimes d'agression sexuelle à porter plainte en leur épargnant le traumatisme occasionné par la gêne et l'humiliation qui en résulteraient si l'affaire recevait une grande publicité. En incitant les victimes à dénoncer les auteurs d'agression sexuelle, on en rend la poursuite et la condamnation plus faciles. L'objectif général visé par l'interdiction de publication prévue au par. 442(3) est de réprimer le crime et d'améliorer l'administration de la justice. Cet objectif se rapporte certainement à une «préoccupation urgente et réelle» et revêt une importance suffisante pour qu'il supplante un droit constitu-

designed to serve and imposes only minimal limits on the media's rights. Section 442(3) applies only to sexual offence cases, it restricts publication of facts disclosing the victim's identity and it does not provide for a general ban but is limited to instances where the complainant or prosecutor requests the order or the court considers it necessary. Nothing prevents the media from being present at the hearing and reporting the facts of the case and the conduct of the trial. Only information likely to reveal the complainant's identity is concealed from the public. Therefore, it cannot be said that the effects of s. 442(3) are such an infringement on the media's rights that the legislative objective is outweighed by the abridgement of freedom of the press. A discretionary provision under which a judge would retain the power to decide whether to grant or refuse the ban on publication would not be effective in attaining Parliament's pressing goal, since it would deprive the complainants of the assurance that, upon request, their identity would not be disclosed, an important factor in their decision to report the crime.

Section 442(3) of the *Code* does not infringe the accused's right to a public hearing guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. The mandatory ban on publication does not prevent the public or the press from attending trial proceedings; it only restricts publication of facts disclosing the complainant's identity.

The question as regards the accused's right to a fair hearing should not be answered since it was not an issue properly raised before this Court.

Cases Cited

Applied: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; **referred to:** *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 7, 11(d), 24(1).
Constitution Act, 1982, s. 52.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 246.2 [ad. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19], 442(3) [rep. & subs. 1974-75-76, c. 93, s. 44; rep. & subs. 1980-81-82-83, c. 125, s. 25].

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1985), 49 O.R. (2d) 557, 7 O.A.C. 161, 16 D.L.R. (4th) 642, 17 C.C.C. (3d) 385, 44 C.R. (3d) 97, 14 C.R.R. 276, allowing in part

tionnel. La disposition en question a un lien rationnel avec l'objectif qu'elle vise et n'impose que des limites minimales aux droits des médias. Le paragraphe 442(3) ne s'applique qu'aux agressions sexuelles. Il restreint la publication de faits révélant l'identité de la victime. Loin de prévoir une interdiction générale, il se limite aux cas où le plaignant ou le poursuivant demande qu'une ordonnance soit rendue ou à ceux dans lesquels la cour juge nécessaire de rendre une ordonnance. Rien n'empêche les médias d'assister à l'audience et de relater les faits de l'affaire ainsi que le déroulement du procès. Les seuls renseignements cachés au public sont ceux qui risquent de révéler l'identité du plaignant. On ne saurait donc pas prétendre que le par. 442(3) porte à tel point atteinte aux droits des médias que l'objectif législatif doit céder le pas devant cette restriction de la liberté de la presse. Une disposition accordant au juge un pouvoir discrétionnaire de décider s'il imposera ou non l'interdiction de publication s'avérerait inefficace pour atteindre le but urgent visé par le législateur puisqu'elle priverait le plaignant de la certitude que, si demande en était faite, son identité ne serait pas divulguée, facteur important de signaler ou de ne pas signaler le crime.

Le paragraphe 442(3) du *Code* ne constitue pas une violation du droit de l'accusé à un procès public, droit garanti par l'al. 11(d) de la *Charte*. L'interdiction impérative de publication n'empêche ni le public ni la presse d'être présents au procès; elle a pour seul effet de limiter la publication de faits permettant de découvrir l'identité du plaignant.

La question concernant le droit de l'accusé à un procès équitable ne doit pas recevoir de réponse parce qu'elle n'a pas été dûment soulevée devant la Cour.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; **arrêt mentionné:** *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 7, 11d), 24(1).
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 246.2 [aj. 1980-81-82-83, chap. 125, art. 19], 442(3) [abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 93, art. 44; abr. & rempl. 1980-81-82-83, chap. 125, art. 25].
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1985), 49 O.R. (2d) 557, 7 O.A.C. 161, 16 D.L.R. (4th) 642, 17 C.C.C. (3d) 385, 44 C.R. (3d) 97, 14 C.R.R. 276, qui a accueilli en

respondent's appeal from an order of Osborne J., dismissing respondent's civil application for a declaration that s. 442(3) of the *Criminal Code* is unconstitutional. Appeal allowed.

J. E. Thompson, for the appellant.

Sheila R. Block and *James C. Tory*, for the respondent.

David Lepofsky, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jean Bouchard and *France Bonsaint*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Elizabeth J. Shilton Lennon and *Helena P. Orton*, for the interveners Women's Legal Education and Action Fund *et al.*

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—

The Facts

A man was tried in Ontario for committing a sexual assault, contrary to s. 246.2(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. At the outset of the trial, the complainant, who was the accused's wife, applied through counsel for an order under s. 442(3) of the *Code*, directing that the identity of the complainant and any information that could disclose it not be published in any newspaper or broadcast. At the time, that is in October of 1983, s. 442(3) read as follows:

442. ...

(3) Where an accused is charged with an offence mentioned in section 246.4, the presiding judge, magistrate or justice may, or if application is made by the complainant or prosecutor, shall, make an order directing that the identity of the complainant and any information that could disclose the identity of the complainant shall not be published in any newspaper or broadcast.

Howland C.J.O., writing for the Court, has, in his reasons for judgment ((1985), 17 C.C.C. (3d) 385), set out with great clarity and precision the

partie l'appel interjeté par l'intimée contre une ordonnance du juge Osborne qui avait rejeté la demande civile de l'intimée visant à l'obtention d'un jugement déclarant inconstitutionnel le par. 442(3) du *Code criminel*. Pourvoi accueilli.

J. E. Thompson, pour l'appelante.

Sheila R. Block et *James C. Tory*, pour l'intimée.

David Lepofsky, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jean Bouchard et *France Bonsaint*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Elizabeth J. Shilton Lennon et *Helena P. Orton*, pour les intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et autres.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LAMER—

Les faits

Un homme a été jugé en Ontario pour avoir commis une agression sexuelle, contrairement à l'al. 246.2a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34. Dès le début du procès, la plaignante, qui était la femme de l'accusé, a, par l'intermédiaire de son avocat, demandé en vertu du par. 442(3) du *Code* une ordonnance enjoignant de ne pas publier dans un journal ou de ne pas diffuser à la radio ou à la télévision l'identité de la plaignante ou des renseignements qui permettraient de la découvrir. À l'époque en question, c'est-à-dire en octobre 1983, le par. 442(3) portait:

h 442. ...

(3) Lorsqu'une personne est accusée d'une infraction visée à l'article 246.4, le juge qui préside le procès, le magistrat ou le juge de paix peut, ou si le plaignant ou le poursuivant lui en fait la demande, doit rendre une ordonnance enjoignant de ne pas publier dans un journal ou de ne pas diffuser à la radio ou à la télévision l'identité du plaignant ou des renseignements qui permettraient de la découvrir.

Le juge en chef Howland, dans les motifs qu'il a rédigés au nom de la Cour d'appel de l'Ontario ((1985), 17 C.C.C. (3d) 385), expose avec beau-

various proceedings and phases thereof that took place below. One of these proceedings has not been appealed to us, and some questions below have ceased to be in issue. I will accordingly refer only to that which needs be considered in order to dispose of the issues that are properly before us.

Respondent, appearing at the accused's trial, opposed the application on the basis that s. 442(3) violated s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Section 2(b) reads as follows:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

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

The trial judge adjourned the proceedings to a later date and, for reasons irrelevant to this appeal, eventually ordered a mistrial. At the time of the adjournment, he granted the application under s. 442(3) on an interim basis.

In the meantime, respondent made a civil application for a declaration that s. 442(3) is unconstitutional, returnable before the trial judge at the date the trial was to resume. Respondent also asked to be granted leave to intervene in the criminal proceedings. At trial, counsel for the accused adopted respondent's position and expanded its argument by emphasizing the accused's right to a fair and public hearing. The judge dismissed the civil application, refused leave to intervene in the criminal proceeding and ordered a publication ban.

I should say right now that at no time did the accused make an application under s. 24(1) of the *Charter* invoking a violation of his right to a fair and public hearing, as guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*; nor did he attack the validity of s. 442(3) claiming an unjustified restriction of his right to a fair and public trial. The accused merely raised the matter in argument when he was called upon to make submissions. As a result, at trial

coup de clarté et de précision les différentes procédures et leurs étapes devant les tribunaux d'instance inférieure. L'une de ces procédures ne fait pas l'objet d'un pourvoi devant nous et certaines questions soumises aux tribunaux d'instance inférieure ne sont plus en litige. Je m'en tiendrai donc aux points se rapportant aux questions qui ont été dûment soulevées en cette Cour.

L'intimée a comparu au procès de l'accusé où elle s'est opposée à la demande pour le motif que le par. 442(3) violait l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'alinéa 2b) est ainsi rédigé:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

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

Le juge du procès a ajourné les procédures à une date ultérieure et, pour des raisons qui ne sont pas pertinentes en l'espèce, il a fini par prononcer la nullité du procès. Au moment de l'ajournement, il a fait droit à titre provisoire à la demande fondée sur le par. 442(3).

Entre-temps, l'intimée a fait au civil une demande en jugement déclarant le par. 442(3) inconstitutionnel, demande qui devait être rapportée devant le juge du procès à la date de la reprise du procès. L'intimée a sollicité en outre l'autorisation d'intervenir dans les procédures criminelles. Au procès, l'avocat de l'accusé a adopté la position de l'intimée et a élargi la portée de l'argument de celle-ci en soulignant le droit de l'accusé à un procès public et équitable. Le juge a rejeté la demande civile, a refusé d'accorder l'autorisation d'intervenir dans les procédures criminelles et a imposé une interdiction de publication.

Je devrais préciser immédiatement qu'à aucun moment l'accusé n'a présenté une demande en vertu du par. 24(1) de la *Charte* en alléguant la violation de son droit à un procès public et équitable, garanti par l'al. 11d) de la *Charte*, pas plus qu'il n'a attaqué la validité du par. 442(3) en affirmant que celui-ci constituait une restriction injustifiée de ce droit. Il a simplement soulevé la question lorsqu'il a plaidé à l'audience. Par consé-

level, s. 11(d) was not formally invoked to challenge the constitutional validity of s. 442(3).

Respondent appealed the dismissal of the civil application and the refusal of leave to intervene in the criminal proceeding, and both appeals were heard together. Asked whether they wanted to be heard on the merits, counsel for the accused and for the complainant advised the Court of Appeal that they did not wish to make submissions in either of the appeals. The Attorney General for Ontario moved to have both appeals quashed. The Court quashed the appeal in the criminal proceeding and allowed the appeal in part in the civil proceeding. The Crown now comes to us in the civil proceeding, but not in the criminal proceeding.

The Judgments Below

In the Supreme Court of Ontario, Osborne J. held that s. 442(3) clearly infringed the freedom of the press guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. The sole issue was to determine whether s. 442(3) was a reasonable limitation justified in a free and democratic society. The trial judge thus narrowed down his analysis to s. 1 of the *Charter*.

Osborne J. found that the objective of s. 442(3) was to facilitate disclosure by sexual assault victims, by making it easier for the complainant to participate in the prosecution of offenders. In his view, given the purpose of the impugned provision, the mandatory ban on publication was more than reasonable. He considered that a mere discretion in the trial judge would not be an effective remedy to the problem s. 442(3) seeks to resolve, since the complainant would have no assurance that the order sought would be issued upon request. Moreover, Osborne J. stated that the issuance of an order under s. 442(3) did not preclude the public from being present at trial, nor did it prevent publication of information about the hearing. The judge also rejected the argument raised informally by the accused that s. 11(d) was violated. In his opinion, s. 442(3) was a protection for complainants which had no adverse effects on the fairness

quent, au procès, l'al. 11d) n'a pas été formellement invoqué pour contester la constitutionnalité du par. 442(3).

L'intimée a interjeté appel du rejet de la demande civile et du refus d'accorder l'autorisation d'intervenir dans les procédures criminelles. Les deux appels ont été entendus ensemble. Quand on leur a demandé s'ils désiraient présenter des arguments sur le fond, l'avocat de l'accusé et celui de la plaignante ont fait savoir à la Cour d'appel qu'ils ne voulaient le faire dans aucun des deux appels. Le procureur général de l'Ontario ayant demandé l'annulation des deux appels, la cour a accédé à cette demande en ce qui concerne l'appel en matière criminelle, mais a accueilli en partie l'appel interjeté dans le cadre des procédures civiles. Le ministère public nous saisit maintenant d'un pourvoi en matière civile, mais non en matière criminelle.

Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

En Cour suprême de l'Ontario, le juge Osborne a conclu que le par. 442(3) violait manifestement la liberté de la presse garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Il n'avait donc qu'à déterminer si le par. 442(3) constituait une limite raisonnable justifiée dans une société libre et démocratique. L'analyse du juge du procès ne porte en conséquence que sur l'article premier de la *Charte*.

Le paragraphe 442(3), a estimé le juge Osborne, vise à permettre aux victimes d'agression sexuelle de faire plus facilement des dénonciations, en facilitant la participation du plaignant aux poursuites intentées contre les agresseurs. De l'avis du juge Osborne, étant donné l'objectif de la disposition attaquée, l'interdiction impérative de publication est éminemment raisonnable. Selon lui, investir le juge du procès d'un simple pouvoir discrétionnaire ne serait pas une solution efficace au problème que le par. 442(3) cherche à régler, car le plaignant n'aurait aucune garantie qu'une ordonnance serait rendue s'il en faisait la demande. De plus, ajoute le juge Osborne, la délivrance d'une ordonnance en vertu du par. 442(3) n'entraîne pas l'exclusion du public au procès ni n'empêche la publication d'informations à ce sujet. Le juge a en outre rejeté l'argument, avancé de façon informelle par l'accusé, voulant qu'il y ait eu violation de l'al. 11d).

or public nature of the trial. Osborne J. concluded that s. 442(3) was a reasonable limit on freedom of the press justified in a free and democratic society, and he dismissed the application.

On appeal, Howland C.J.O. emphasized the importance of freedom of the press with respect to the integrity of judicial proceedings. He agreed with Osborne J. that s. 442(3) *prima facie* infringed the freedom of the press, under s. 2(b) of the *Charter*, to report what transpired at a public trial. On the s. 1 issue, Howland C.J.O. applied the test laid down in *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, and held that the party seeking to uphold the legislation must show that the limits imposed are not more extensive than are necessary to protect social values of superordinate importance. In his view, s. 442(3) did protect a social value of superordinate importance.

Howland C.J.O. however took issue with the mandatory aspect of the publication ban. He noted that in some instances the complainant might have made false allegations, or might have previously accused a number of persons without justification. In these cases, publication of the complainant's name may bring forth other witnesses to testify on behalf of the accused. In light of this and of the fact that in other countries similar provisions retained some discretion in the trial judge, the government had failed to demonstrate the need for a mandatory prohibition section. As a result, Howland C.J.O. severed from s. 442(3) the words "or if application is made by the complainant or prosecutor, shall" and left untouched the rest of the section.

Howland C.J.O. also dealt briefly with the right to a fair and public hearing under s. 11(d) of the *Charter*, noting that s. 442(3) did not preclude the media from attending the trial in open court. He concluded that there was no violation of s. 11(d)

D'après le juge Osborne, le par. 442(3) protège les plaignants sans pour autant nuire au caractère équitable ou public du procès. Il a conclu que le par. 442(3) constitue une limite raisonnable imposée à la liberté de la presse qui se justifie dans une société libre et démocratique, et il a rejeté la demande.

En appel, le juge en chef Howland a souligné l'importance de la liberté de la presse relativement à l'intégrité des procédures judiciaires. Comme le juge Osborne, il a estimé que, *prima facie*, le par. 442(3) viole la liberté dont jouit la presse en vertu de l'al. 2b) de la *Charte* de relater ce qui se passe à un procès public. Pour ce qui est de la question de l'article premier, le juge en chef Howland a appliqué le critère posé dans l'arrêt *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, et a conclu qu'il incombe à la partie qui défend la validité d'une loi de démontrer que les limites imposées ne dépassent pas ce qui est nécessaire pour protéger des valeurs sociales d'une importance supérieure. À son avis, c'est précisément ce genre de valeur que protège le par. 442(3).

Le juge en chef Howland a cependant reproché à l'interdiction de publication son caractère impératif. Dans certains cas, a-t-il fait remarquer, le plaignant pourrait avoir fait des allégations fausses ou avoir déjà porté des accusations injustifiées contre plusieurs personnes. Dans ces situations, la publication du nom du plaignant pourrait amener d'autres témoins à se présenter pour déposer en faveur de l'accusé. Compte tenu de cela et étant donné que dans d'autres pays des dispositions analogues confèrent un certain pouvoir discrétionnaire au juge du procès, le gouvernement n'est pas parvenu à prouver la nécessité d'un article prévoyant une interdiction impérative. Le juge en chef Howland a en conséquence retranché du par. 442(3) les mots «ou si le plaignant ou le poursuivant lui en fait la demande, doit» sans toucher au reste du paragraphe.

Le juge en chef Howland a également traité brièvement du droit à un procès public et équitable garanti par l'al. 11d) de la *Charte*, soulignant que le par. 442(3) n'empêche pas les représentants des médias d'assister à un procès tenu en audience

since this provision protected the right of a person charged with an offence to a fair and public hearing and not the media's right to report proceedings.

The Issues

Dickson C.J.C. stated the following constitutional questions:

1. Does section 442(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, infringe or deny:

(a) the freedom of the press guaranteed in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? or

(b) the right to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing guaranteed in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and if so,

2. Is section 442(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, justified on the basis of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Both courts below held that s. 442(3) infringes the freedom of the press guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. In this Court, appellant conceded that point. Freedom of the press is indeed an important and essential attribute of a free and democratic society, and measures which prohibit the media from publishing information deemed of interest obviously restrict that freedom. Therefore, the main issue before us is whether the impugned provision can be salvaged under s. 1 of the *Charter*, which states:

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 test to be applied has been set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and restated in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713. In order to justify a limitation of a *Charter* right in a free and democratic society, two requirements must be met. The first one is related to the

publique. Il a conclu qu'il n'y a pas eu de violation de l'al. 11d) parce que celui-ci protège le droit d'un inculpé à un procès public et équitable et non pas le droit des médias de relater les procédures.

Les questions en litige

Le juge en chef Dickson a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. Le paragraphe 442(3) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, constitue-t-il une violation ou une négation

a) de la liberté de la presse garantie à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? ou

b) du droit d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, à l'issue d'un procès public et équitable, droit que garantit l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? Et dans l'affirmative,

2. le paragraphe 442(3) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, est-il justifié sur le fondement de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

L'un et l'autre tribunal d'instance inférieure ont décidé que le par. 442(3) porte atteinte à la liberté de la presse garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. En cette Cour, l'appelante a concédé ce point. Certes, la liberté de la presse représente un attribut important et essentiel d'une société libre et démocratique et il est évident que des mesures interdisant aux médias de publier des renseignements estimés d'intérêt public limitent cette liberté. La question principale sur laquelle nous avons à nous pencher est donc de savoir si la disposition attaquée peut être sauvegardée par l'article premier de la *Charte*, dont voici le texte:

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.

Le critère applicable est énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et reformulé dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713. Pour qu'une restriction apportée à un droit garanti par la *Charte* soit justifiée dans une société libre et démocratique, deux exigences

importance of the legislative objective which the limitation is designed to achieve. In the present case, the impugned provision purports to foster complaints by victims of sexual assault by protecting them from the trauma of wide-spread publication resulting in embarrassment and humiliation. Encouraging victims to come forward and complain facilitates the prosecution and conviction of those guilty of sexual offences. Ultimately, the overall objective of the publication ban imposed by s. 442(3) is to favour the suppression of crime and to improve the administration of justice. This objective undoubtedly bears on a "pressing and substantial concern" and respondent conceded that it is of sufficient importance to warrant overriding a constitutional right. The first requirement under s. 1 is thus satisfied and we must now turn to the second part of the *Oakes* test.

To determine whether the means chosen in furtherance of the recognized objective are reasonable and demonstrably justified, a proportionality test balancing the various interests involved must be applied. The proportionality requirement has three aspects: the existence of a rational link between the means and the objective, a minimal impairment on the right or freedom asserted, and a proper balance between the effects of the limiting measures and the legislative objective. As to the first aspect, respondent conceded that there is a rational connection between s. 442(3) and the objective it is designed to serve, and I agree.

Respondent contended that s. 442(3) cannot be justified because a mandatory ban on publication is not a measure that impairs freedom of the press as little as possible. It submitted that only a provision which gives to the trial judge a discretion to determine if publication is appropriate in the circumstances of the case would satisfy the second criterion of the proportionality test. Respondent also argued that appellant had failed to adduce any evidence demonstrating that a mandatory ban impairs the right as little as possible. The Court of Appeal agreed, but this was predicated upon the

doivent être remplies. La première concerne l'importance de l'objectif législatif visé par la restriction. En l'espèce, la disposition attaquée a pour but d'encourager les victimes d'agression sexuelle à porter plainte en leur épargnant le traumatisme occasionné par la gêne et l'humiliation qui en résulteraient si l'affaire recevait une grande publicité. En incitant les victimes à dénoncer les auteurs d'agression sexuelle, on en facilite la poursuite et la condamnation. En dernière analyse, l'objectif général visé par l'interdiction de publication prévue au par. 442(3) est de réprimer le crime et d'améliorer l'administration de la justice. Or, cet objectif se rapporte certainement à une «préoccupation urgente et réelle». L'intimée a d'ailleurs reconnu que son importance est suffisante pour qu'il prenne le pas sur un droit constitutionnel. Il s'ensuit qu'on a satisfait à la première exigence de l'article premier et nous devons maintenant passer au second volet du critère formulé dans l'arrêt *Oakes*.

Pour déterminer si les moyens choisis pour atteindre l'objectif sont raisonnables et si leur justification peut se démontrer, il faut appliquer un critère de proportionnalité par laquelle on soupèse les différents intérêts en jeu. Cette exigence de proportionnalité comporte trois aspects: l'existence d'un lien rationnel entre les moyens et l'objectif, la nécessité de réduire au minimum les atteintes au droit ou à la liberté invoqués et l'établissement d'un juste équilibre entre les effets des mesures limitatives et l'objectif législatif. Quant au premier aspect, l'intimée concède qu'il y a un lien rationnel entre le par. 442(3) et l'objectif qu'il vise. Je suis du même avis.

L'intimée a toutefois soutenu que le par. 442(3) ne saurait se justifier parce qu'une interdiction impérative de publication ne constitue pas une mesure qui porte le moins possible atteinte à la liberté de la presse. Selon l'intimée, seule une disposition attribuant au juge du procès un pouvoir discrétionnaire de déterminer s'il convient de permettre la publication dans un cas donné satisfierait au deuxième volet du critère de proportionnalité. Elle a fait valoir aussi que l'appelante n'avait produit aucun élément de preuve démontrant qu'une interdiction impérative porte le moins pos-

fact that the only evidence brought forward by the Attorney General of Canada was the testimony of Doreen Carole Boucher, the co-ordinator of a rape crisis center. The Court further held that this witness had testified that she was aware of some instances where a rape was imagined and the alleged victim wanted to humiliate a person. With respect, the Court of Appeal, probably as a result of an oversight, failed to consider other material that was before the Court. Indeed, contrary to what Howland C.J.O. wrote, Carole Boucher's testimony was not the only evidence adduced before the trial judge, as the Attorney General also tendered in evidence various studies and reports on sexual assaults and other criminal offences. Moreover, with respect, the Court of Appeal misread what Carole Boucher said. While acknowledging that there may be cases whereby the person charged with the offence is falsely accused, the witness never stated that these false allegations were intended to humiliate the accused. During cross-examination, Carole Boucher answered:

Q. So it is quite conceivable that there are cases whereby the real victim is the person accused by the alleged victim.

A. Yes, I could say yes to that.

Q. Therefore you have been exposed to cases where an alleged victim wanted to humiliate a person—

A. —Well I don't know whether the intention was to humiliate the person, but the proportion that we have had is very small in proportion to the actual rapes.

Q. Oh I agree.

A. But there has been a small percentage, not only here but in other centres. [Emphasis added.]

When considering all of the evidence adduced by appellant, it appears that, of the most serious crimes, sexual assault is one of the most unreported. The main reasons stated by those who do not report this offence are fear of treatment by police or prosecutors, fear of trial procedures and fear of

sible atteinte au droit en question. La Cour d'appel a retenu ce point de vue, mais en se fondant sur le fait que la seule preuve présentée par le procureur général du Canada était le témoignage de Doreen Carole Boucher, coordinatrice d'un centre d'aide aux victimes de viol. La Cour a dit en outre qu'il ressortait de la déposition de ce témoin qu'elle connaissait des cas où il s'agissait d'un viol fictif et où la prétendue victime voulait humilier quelqu'un. Avec égards, la Cour d'appel, probablement par inadvertance, n'a pas pris en considération d'autres preuves qui avaient été produites. De fait, contrairement à ce qu'a écrit le juge en chef Howland, le témoignage de Carole Boucher n'était pas la seule preuve dont disposait le juge du procès, car le procureur général avait présenté en outre diverses études et différents rapports ayant trait aux agressions sexuelles et à d'autres infractions criminelles. De plus, j'estime avec égards que la Cour d'appel a mal interprété les propos de Carole Boucher. Bien que reconnaissant la possibilité qu'il y ait des cas où une personne soit faussement accusée, ce témoin n'a jamais affirmé que ces allégations non fondées soient destinées à humilier l'accusé. Au cours du contre-interrogatoire, Carole Boucher a répondu:

[TRADUCTION]

Q. Alors il est tout à fait concevable qu'il y ait des cas où la véritable victime est la personne accusée par la prétendue victime.

R. Oui, je peux dire que c'est vrai.

Q. Vous êtes donc au courant de cas où une prétendue victime a voulu humilier quelqu'un . . .

R. . . . Bien, je ne sais pas s'il y a eu intention d'humilier, mais la proportion de ces cas est très petite par rapport au nombre de viols réellement commis.

Q. Ah oui, j'en conviens.

R. Mais il y a eu un faible pourcentage de cas de ce genre, non seulement ici mais dans d'autres centres. [Je souligne.]

Au vu de l'ensemble de la preuve produite par l'appelante, il appert que, parmi les crimes très graves, l'agression sexuelle est l'un de ceux qui est le moins souvent signalé. D'après les personnes qui se sont abstenues de dénoncer cette infraction, les principales raisons en sont la crainte quant au

publicity or embarrassment. Section 442(3) is one of the measures adopted by Parliament to remedy this situation, the rationale being that a victim who fears publicity is assured, when deciding whether to report the crime or not, that the judge must prohibit upon request the publication of the complainant's identity or any information that could disclose it. Obviously, since fear of publication is one of the factors that influences the reporting of sexual assault, certainty with respect to non-publication at the time of deciding whether to report plays a vital role in that decision. Therefore, a discretionary provision under which the judge retains the power to decide whether to grant or refuse the ban on publication would be counterproductive, since it would deprive the victim of that certainty. Assuming that there would be a lesser impairment of freedom of the press if the impugned provision were limited to a discretionary power, it is clear, in my view, that such a measure would not, however, achieve Parliament's objective, but rather defeats it.

With respect, there seems to be a certain inconsistency in respondent's position. While it concedes the importance of the objective and the existence of a rational link between that objective and s. 442(3), respondent argues that the judge should retain a discretion. It is difficult to reconcile these submissions, because once these concessions are made, one is forced to admit that an absolute ban on publication is the only means to reach the desired objective. Respondent goes even further by contending that a case-by-case approach should be adopted to ensure that publication will not be banned, except where the social values competing with freedom of the press are of superordinate importance. If we were to adopt this submission, the legislative objective embodied in s. 442(3) would never be met, because publication would be the rule and a sexual assault victim could rarely predict whether the circumstances of the case would be viewed as an exception warranting a non-publication order. As a result, while it might impair less the freedom of the press, the discretion-

traitement que leur réserverait la police ou la poursuite, la crainte des procédures judiciaires ainsi que la crainte de la publicité ou de l'humiliation. Le paragraphe 442(3) est l'une des mesures qu'a adoptées le Parlement pour remédier à cette situation. L'idée est de faire en sorte qu'une victime qui craint la publicité puisse être certaine, lorsqu'elle décide si elle va ou non dénoncer le crime, que le juge est tenu d'interdire sur demande la publication de l'identité du plaignant ou de renseignements permettant de la découvrir. De toute évidence, comme la crainte de la publication est l'un des facteurs qui influent sur la dénonciation d'agressions sexuelles, la certitude de la non-publication qu'on peut avoir au moment où l'on décide de dénoncer le crime joue un rôle primordial dans cette décision. Cela étant, une disposition accordant au juge un pouvoir discrétionnaire de décider s'il imposera ou non l'interdiction de publication se révélerait inefficace puisqu'elle priverait la victime de cette certitude. À supposer qu'il y eût une atteinte moins grave à la liberté de la presse si la disposition contestée ne conférait qu'un pouvoir discrétionnaire, il est évident, selon moi, qu'une mesure à cet effet contrarierait toutefois l'objectif visé par le législateur.

Avec égards, la position prise par l'intimée comporte un certain élément de contradiction. Elle reconnaît l'importance de l'objectif et l'existence d'un lien rationnel entre celui-ci et le par. 442(3), mais elle prétend en même temps que le juge devrait conserver un pouvoir discrétionnaire. Ces points de vue sont difficilement conciliables parce que, dès qu'on fait les concessions susmentionnées, force est de reconnaître que ce n'est que par une interdiction absolue de publication que l'objectif visé peut être atteint. L'intimée va en fait encore plus loin en soutenant qu'il convient de procéder cas par cas afin de s'assurer que la publication ne sera pas interdite, à moins que les valeurs sociales rivalisant avec la liberté de la presse ne soient d'une importance supérieure. Or, si nous devons retenir cet argument, l'objectif législatif consacré par le par. 442(3) ne serait jamais atteint parce que la publication serait la règle et une victime d'agression sexuelle pourrait rarement prévoir si les circonstances de l'affaire seraient considérées comme constituant une exception justifiant une

ary ban is not an option as it is not effective in attaining Parliament's pressing goal.

While freedom of the press is nonetheless an important value in our democratic society which should not be hampered lightly, it must be recognized that the limits imposed by s. 442(3) on the media's rights are minimal. The section applies only to sexual offence cases, it restricts publication of facts disclosing the complainant's identity and it does not provide for a general ban but is limited to instances where the complainant or prosecutor requests the order or the court considers it necessary. Nothing prevents the media from being present at the hearing and reporting the facts of the case and the conduct of the trial. Only information likely to reveal the complainant's identity is concealed from the public. Therefore, it cannot be said that the effects of s. 442(3) are such an infringement on the media's rights that the legislative objective is outweighed by the abridgement of freedom of the press.

Respondent further argued that s. 442(3) has a potential chilling effect on the media because in any given case it is difficult to ascertain what evidence could disclose the identity of the complainant. There is thus a risk that the press will choose not to publish any meaningful report on some trials. In my view, it is sufficient to say that media people are certainly competent enough to determine which information is subject to the ban; if not, the judge in his or her order can clarify the matters which cannot be published.

To support his opinion that a judicial discretion is a lesser impairment of freedom of the press than a mandatory ban, Howland C.J.O. stated (at p. 405):

Doreen Carole Boucher testified that she was aware of some instances where a rape was imagined and the alleged victim wanted to humiliate a person. There may also be instances where an alleged victim has accused a

ordonnance de non-publication. Par conséquent, le pouvoir discrétionnaire de prononcer l'interdiction, bien qu'il puisse limiter l'atteinte à la liberté de la presse, n'est pas une solution puisque ce n'est pas un moyen efficace d'atteindre le but urgent visé par le législateur fédéral.

La liberté de la presse représente néanmoins une valeur importante dans notre société démocratique, et on ne doit pas y toucher à la légère. Il faut toutefois reconnaître que les limites imposées aux droits des médias par le par. 442(3) sont minimales. En effet, le paragraphe ne s'applique qu'aux agressions sexuelles, il restreint la publication de faits révélant l'identité du plaignant et, loin de prévoir une interdiction générale, elle se limite aux cas où le plaignant ou le poursuivant demande une ordonnance ou à ceux dans lesquels la cour juge nécessaire de le faire. Rien n'empêche les médias d'assister à l'audience et de relater les faits de l'affaire ainsi que le déroulement du procès. Les seuls renseignements cachés au public sont ceux qui risqueraient de révéler l'identité du plaignant. On ne saurait donc pas prétendre que le par. 442(3) porte à tel point atteinte aux droits des médias que l'objectif législatif doit céder le pas devant cette restriction de la liberté de la presse.

L'intimée a fait valoir en outre que le par. 442(3) risque de museler les médias parce que, dans certains cas, il est difficile de déterminer quels éléments de preuve permettraient de découvrir l'identité du plaignant. Il y a donc danger que la presse choisisse de ne pas publier de reportage valable sur certains procès. À mon avis, il suffit de dire à cet égard que les journalistes sont certainement assez compétents pour décider quels renseignements font l'objet de l'interdiction et, dans l'hypothèse contraire, le juge peut préciser dans son ordonnance ce qui ne doit pas être publié.

À l'appui de son opinion selon laquelle un pouvoir discrétionnaire accordé aux juges constitue une atteinte moins grave à la liberté de la presse qu'une interdiction impérative, le juge en chef Howland affirme, à la p. 405:

[TRADUCTION] Doreen Carole Boucher a témoigné qu'elle connaissait des cas où le viol était fictif et où la prétendue victime désirait humilier quelqu'un. Il peut exister également des situations où une prétendue vic-

number of persons previously of sexual offences without justification. The publication of the name of the complainant may in some cases bring forth other witnesses whose testimony may be helpful.

With respect, this is of relevance, indeed of vital importance, when determining the degree of impairment of an accused's right to a fair trial, or to a full answer and defence, as guaranteed by s. 11(d) and s. 7. But I fail to see its relevance when weighing the degree of impairment of freedom of the press against the attainment of the objective embodied in s. 442(3).

The impairment, if any, by s. 442(3) of the accused's right to a fair trial or to a full answer and defence is not properly in issue before this Court. Indeed, as I have said at the outset, the accused has never applied to any court for a remedy under s. 24(1) of the *Charter*, or for a declaration of unconstitutionality under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. I am not prepared in this case to decide whether anyone other than an accused has standing, under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, to challenge the constitutionality of s. 442(3) by invoking a violation of the rights guaranteed by s. 11(d) or s. 7. However, assuming without deciding that respondent had standing to attack the validity of s. 442(3) on these grounds, the impairment of the accused's right to a fair trial or to a full answer and defence was not formally raised below by Canadian Newspapers. I am thus of the view that, since the impugned provision was not formally attacked before the trial judge and on appeal on the basis that it restricted the accused's right to a fair trial or to a full answer and defence, that issue is not properly before us and should be left to be considered in the appropriate setting. By that, I mean if and when the provision is challenged under s. 11(d) or s. 7 of the *Charter*, the Attorney General of Canada and others will be alerted to that issue, and have the appropriate opportunity to adduce evidence. In the case at bar, the notice of motion served upon the Attorney General of Canada invokes only a violation of s. 2(b) of the *Charter*. This is the challenge the Attorney General was called upon to meet. It would be unfair to Parliament and unwise for the Court to consider in the abstract the impairment

time a déjà, sans justification, accusé des personnes d'infractions sexuelles. La publication du nom du plaignant peut parfois amener d'autres témoins à venir faire des dépositions qui pourront s'avérer utiles.

^a Avec égards, ces facteurs sont pertinents, voire capitaux, lorsqu'il s'agit de déterminer dans quelle mesure il a été porté atteinte au droit d'un accusé à un procès équitable ou à son droit de présenter une défense pleine et entière, garantis par l'al. 11d) et par l'art. 7. Je ne vois cependant pas en quoi ils peuvent être pertinents lorsqu'on soupèse l'atteinte à la liberté de la presse et la réalisation de l'objectif visé au par. 442(3).

^c La question de savoir si le par. 442(3) porte atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable ou à celui de présenter une défense pleine et entière n'a pas été dûment soumise à cette Cour. ^d De fait, comme je l'ai dit au début des présents motifs, l'accusé ne s'est adressé à aucun tribunal pour obtenir réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* ni pour obtenir une déclaration d'inconstitutionnalité en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Je ne suis pas prêt en l'espèce à décider si quelqu'un d'autre qu'un accusé a qualité aux fins de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour contester la constitutionnalité du par. 442(3) en faisant valoir la violation des ^e droits garantis par l'al. 11d) ou l'art. 7. Toutefois, à supposer, sans en décider, que l'intimée avait qualité pour attaquer la validité du par. 442(3) pour ces motifs, l'atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable ou à son droit de présenter une ^f défense pleine et entière n'a pas été formellement soulevée par Canadian Newspapers devant les tribunaux d'instance inférieure. J'estime en conséquence que, comme ni devant le juge du procès ni ^g en appel on n'a pas formellement attaqué la disposition parce qu'elle restreindrait le droit de l'accusé à un procès équitable ou celui de présenter une ^h défense pleine et entière, cette Cour n'est pas légitimement saisie de la question et que celle-ci ⁱ devrait de préférence être abordée dans un contexte approprié. J'entends par là qu'advenant le cas où la disposition serait contestée en vertu de l'al. 11d) ou de l'art. 7 de la *Charte*, le procureur ^j général du Canada et autres en seraient avisés et auraient la possibilité de produire des preuves. En l'espèce, l'avis de requête signifié au procureur

of an accused's rights and to rule on the matter absent evidence tendered by the parties addressing the issue.

Section 11(d) of the *Charter* holds that an accused has a right to a fair and public hearing. Accordingly, the reasoning set out above also applies to the "public hearing" issue. I propose, however, to address that point now because it was raised below, argued by the parties and adjudicated upon by the Court of Appeal. Indeed, as was said by Howland C.J.O., at p. 409, "a public hearing is one in open court which the public, including the representatives of the media, are entitled to attend". The mandatory ban on publication, provided for in s. 442(3), does not prevent the public or the press from attending trial proceedings; it only restricts publication of facts disclosing the complainant's identity. Therefore, s. 442(3) does not in any way infringe the accused's right to a public hearing.

Before concluding I should mention that this case has been argued and decided throughout on the assumption that what is being weighed is a restriction to the freedom of the press in order to ensure to victims of sexual assaults that their identity will not be disclosed through the media, if that is their wish. The section, however, enables an application to be made by the "prosecutor" alone. Obviously, the arguments invoked and successfully so under s. 1 in this case would not necessarily carry the day in a situation where the prosecutor was not acting on behalf of the complainant. As this is not our case, we need not and should not decide the matter. However, it must be understood that the answers to the constitutional questions and the disposition of this appeal apply only to a case where under the section, the application has been made by or on behalf of the complainant.

général du Canada n'allègue qu'une violation de l'al. 2b) de la *Charte*. C'était là la contestation à laquelle le procureur général avait à répondre. Il serait donc injuste envers le législateur et peu
 a judicieux de la part de la Cour d'examiner dans l'abstrait l'atteinte portée aux droits d'un accusé et de statuer sur la question en l'absence de preuves produites par les parties à cet égard.

b L'alinéa 11d) de la *Charte* reconnaît aux accusés le droit à un procès équitable et public. Il s'ensuit que le raisonnement exposé ci-dessus s'applique également à la question d'un «procès public». Je me propose cependant de me pencher sur ce point maintenant parce qu'il a été soulevé devant les tribunaux d'instance inférieure, plaidé par les parties et tranché par la Cour d'appel. Comme l'a dit le juge en chef Howland, à la p. 409, [TRADUCTION] «un procès public est un procès auquel peuvent assister les membres du public, y compris les représentants des médias». L'interdiction impérative de publication prévue au par. 442(3) n'empêche ni le public ni la presse
 e d'être présents au procès; elle a pour seul effet de limiter la publication de faits permettant de découvrir l'identité du plaignant. Cela étant, le par. 442(3) ne porte nullement atteinte au droit de
 f l'accusé à un procès public.

Avant de conclure, je dois mentionner que cette affaire a été plaidée devant toutes les cours et jugée par elles comme si ce que l'on soupèse est
 g une restriction de la liberté de la presse afin d'assurer aux victimes d'agression sexuelle que leur identité ne sera pas dévoilée par les médias, si tel est leur choix. L'article permet toutefois au «poursuivant» seul de présenter une demande. Il est clair que les arguments invoqués avec succès en vertu de l'article premier en l'espèce n'auraient pas nécessairement le même résultat dans le cas où le poursuivant n'agit pas au nom du plaignant.
 i Comme ce n'est pas le cas en l'espèce, il n'est pas nécessaire d'en décider et il faut s'en abstenir. Toutefois, il faut bien comprendre que les réponses aux questions constitutionnelles et la conclusion du pourvoi ne s'appliquent qu'à une affaire où, en vertu de l'article, la demande a été présentée par le plaignant ou en son nom.

I would thus allow the appeal and set aside the judgment of the Ontario Court of Appeal. Addressing the constitutional questions, I would answer them in the following way:

1. Does section 442(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, infringe or deny:

(a) the freedom of the press guaranteed in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

(b) the right to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing guaranteed in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Section 442(3) does not infringe or deny the accused's right to a public hearing; as regards the accused's right to a fair hearing, I would not answer the question, since it is not an issue properly raised before this Court.

2. Is section 442(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, justified on the basis of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes, if the application is made by or on behalf of the complainant, to the extent it infringes the freedom of the press guaranteed in s. 2(b) of the *Charter*.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Frank Iacobucci, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Ste-Foy.

Solicitors for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund et al.: Cavalluzzo, Hayes & Lennon, Toronto.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario. Quant aux questions constitutionnelles, j'y répondrais de la manière suivante:

1. Le paragraphe 442(3) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, constitue-t-il une violation ou une négation

a) de la liberté de la presse garantie à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

b) du droit d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, à l'issue d'un procès public et équitable, droit que garantit l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Le paragraphe 442(3) ne constitue ni une violation ni une négation du droit de l'accusé à un procès public; quant à son droit à un procès équitable, je suis d'avis de ne pas répondre à la question parce qu'elle n'a pas été dûment soulevée en cette Cour.

2. Le paragraphe 442(3) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, est-il justifié sur le fondement de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui, si la demande est présentée par le plaignant ou en son nom, dans la mesure où le paragraphe porte atteinte à la liberté de la presse garantie par l'al. 2b) de la *Charte*.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: Frank Iacobucci, Ottawa.

Procureurs de l'intimée: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Ste-Foy.

Procureurs des intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et autres: Cavalluzzo, Hayes & Lennon, 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 2, 1988 Vol. 2

2^e cahier, 1988 Vol. 2

Cited as [1988] 2 S.C.R. 137-269

Renvoi [1988] 2 R.C.S. 137-269

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

Deputy Registrar & Chief Law Editor
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretary
CAROLE LOISELLE

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, 1988.

CONTENTS

Angus v. Sun Alliance Insurance Co. 256

Statutes — Interpretation — Retrospective operation — Statutes barring action in effect when accident occurred — Statutes barring action repealed before action commenced — Whether or not repeal operating retrospectively — Married Woman's Property Act, R.S.O. 1970, c. 262, s. 7 — Insurance Act, R.S.O. 1970, c. 224, s. 214(b)(i) — Family Law Reform Act, 1975, S.O. 1975, c. 41, ss. 1(3)(a), 5, 6.

Family law — Spousal immunity — Statutes barring action in effect when accident occurred — Statutes barring action repealed before action commenced — Whether or not repeal operating retrospectively.

B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General) 214

Courts — Jurisdiction — Criminal contempt — Law courts being picketed in course of legal strike — Superior court enjoining picketing — Whether or not picketing constituting criminal contempt.

Constitutional law — Charter of Rights — Law courts being picketed in course of legal strike — Superior court enjoining picketing — Whether or not injunction denying picketers' s. 7 right to liberty — Whether or not picketers' rights to be informed of specific offence and to be presumed innocent under s. 11(a) and (d) infringed — Whether or not picketers' right to freedom of expression under s. 2 infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 7, 11(a), (d).

Constitutional law — Division of powers — Criminal law and labour law — Law courts being picketed in course of legal

Continued on next page

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

Registraire adjoint & Arrêviste en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Révisseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secrétaire
CAROLE LOISELLE

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, 1988.

SOMMAIRE

Angus c. Sun Alliance Compagnie d'assurance 256

Législation — Interprétation — Application rétroactive — Lois empêchant une action en vigueur au moment de l'accident — Abrogation desdites lois avant le début de l'action — L'abrogation s'applique-t-elle rétroactivement? — Married Woman's Property Act, R.S.O. 1970, chap. 262, art. 7 — Insurance Act, R.S.O. 1970, chap. 224, art. 214b)(i) — Family Law Reform Act, 1975, S.O. 1975, chap. 41, art. 1(3)a), 5, 6.

Droit de la famille — Immunité des époux — Lois empêchant une action en vigueur au moment de l'accident — Abrogation desdites lois avant le début de l'action — L'abrogation s'applique-t-elle rétroactivement?

B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général) 214

Tribunaux — Compétence — Outrage criminel — Piquetage devant les palais de justice au cours d'une grève légale — Interdiction de piquetage émanant de la Cour supérieure — Le piquetage constitue-t-il un outrage criminel?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Piquetage devant les palais de justice au cours d'une grève légale — Interdiction de piquetage émanant de la Cour supérieure — L'injonction prive-t-elle les piqueteurs du droit à la liberté garanti par l'art. 7? — Y a-t-il eu violation des droits des piqueteurs d'être informés de l'infraction précise et d'être présumés innocents garantis par l'art. 11a) et d)? — Y a-t-il eu violation du droit des piqueteurs à la liberté d'expression garanti par l'art. 2? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 7, 11a), d).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

strike — Superior court enjoining picketing — Whether or not legality of picketing placed beyond criminal law because strike lawful and picketing permitted by Labour Code — Constitution Act, 1867, s. 91(27).

Greymac Trust Co. v. Ontario (Ontario Securities Commission) 172

Trusts and trustees — Breach of trust — Mingled bank account — Trustee making unauthorized disbursement from account — Insufficient funds to reimburse beneficiaries in full — Allocation of losses between beneficiaries — Whether Court of Appeal correct in not applying “first in, first out” rule in *Clayton’s Case*.

Mattabi Mines Ltd. v. Ontario (Minister of Revenue) 175

Taxation — Corporation tax — Company amending previous tax returns to become eligible for investment tax credit — Whether Company eligible for tax credit — Whether Company entitled to amend its previous tax returns — Whether provincial authorities must accept amendments when federal authorities have done so pursuant to a federal administrative practice — Interpretation of s. 106 of The Corporations Tax Act, 1972, S.O. 1972, c. 143.

Newfoundland (Attorney General) v. N.A.P.E. 204

Courts — Criminal contempt — Court-house being picketed during legal strike — Member of striking union crossing picket line to work at court-house — Union commencing internal disciplinary action — Whether or not picketing of court-house during lawful strike constituting criminal contempt — Whether or not union had lawful right to proceed with internal disciplinary action.

Quebec (Attorney General) v. Girouard 254

Criminal law — Preliminary inquiry — *Certiorari* — Accused brought to trial on lesser charges than the initial ones — Magistrate’s error made within the scope of his jurisdiction — Writ of *certiorari* quashed.

R. v. Chesson 148

Criminal law — Interception of private communications — Admissibility of evidence — Interceptions authorized by court — Police surreptitiously installed a listening device in co-accused’s vehicle — Device wired to vehicle’s battery which provided power for its transmitter — Whether police action in installing the listening device lawful — Whether device authorized by Part IV.1 of the Criminal Code — Whether authorization permitting the use of the device employed.

Criminal law — Interception of private communications — Admissibility of evidence — Interceptions of communications of a person not named in authorization — Whether Crown may rely on the basket clause in authorization to introduce interceptions in evidence — Whether unnamed person in authorization a known or unknown person for the purposes of Part IV.1 of the Criminal Code — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 178.12(1)(e).

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Droit criminel et droit du travail — Piquetage devant les palais de justice au cours d’une grève légale — Interdiction de piquetage émanant de la Cour supérieure — La légalité du piquetage échappe-t-elle au droit criminel parce que la grève est légale et que le Labour Code permet le piquetage? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27).

Greymac Trust Co. c. Ontario (Ontario Securities Commission) 172

Fiducies et fiduciaires — Manquement à la fiducie — Compte bancaire amalgamé — Retrait du compte effectué par le fiduciaire sans autorisation — Fonds insuffisants pour rembourser les fiduciaires en totalité — Répartition des pertes entre les bénéficiaires — La Cour d’appel a-t-elle eu raison de ne pas appliquer la règle du «premier entré premier sorti» établie dans l’affaire *Clayton*?

Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Ministre du Revenu) 175

Droit fiscal — Impôt sur les sociétés — Modification par la compagnie de ses déclarations d’impôt antérieures en vue de devenir admissible à un crédit d’impôt à l’investissement — La compagnie est-elle admissible au crédit d’impôt? — La compagnie a-t-elle le droit de modifier ses déclarations d’impôt antérieures? — Les autorités provinciales sont-elles obligées d’accepter les modifications lorsque les autorités fédérales l’ont fait conformément à une pratique administrative fédérale? — Interprétation de l’art. 106 de The Corporations Tax Act, 1972, S.O. 1972, chap. 143.

Québec (Procureur général) c. Girouard 254

Droit criminel — Enquête préliminaire — *Certiorari* — Accusé cité à procès non pas sur les accusations initiales mais sur des accusations moindres — Erreur du juge enquêteur commise dans l’exercice de sa compétence — Bref de *certiorari* cassé.

R. c. Chesson 148

Droit criminel — Interception de communications privées — Admissibilité de la preuve — Autorisation judiciaire d’interception — Installation clandestine d’un dispositif d’écoute par la police dans le véhicule d’un coaccusé — Dispositif branché sur la batterie du véhicule pour alimenter son émetteur en électricité — L’installation du dispositif d’écoute par la police est-elle licite? — Le dispositif est-il autorisé par la partie IV.1 du Code criminel? — L’autorisation permet-elle d’utiliser le dispositif employé?

Droit criminel — Interception de communications privées — Admissibilité de la preuve — Interceptions des communications d’une personne non désignée dans l’autorisation — La poursuite peut-elle se fonder sur la clause omnibus de l’autorisation pour faire admettre les interceptions en preuve? — La personne non désignée dans l’autorisation est-elle une personne connue ou inconnue aux fins de la partie IV.1 du Code criminel? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 178.12(1)e).

Droit criminel — Interception de communications privées — Admissibilité de la preuve — Interceptions des communications d’une personne non désignée dans l’autorisation au cours de conversations avec des personnes dont les communications ont

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Criminal law — Interception of private communications — Admissibility of evidence — Interceptions of communications of a person not named in authorization made during conversations with persons whose communications were lawfully intercepted — Whether interceptions of unnamed person's communications admissible — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 178.16(1).

R. v. Clermont 171

Criminal law — Sentence — Probation — Accused bound by probation order convicted of an offence — Revocation of probation order and imposition of consecutive sentence — Whether s. 664(4)(d) of the Criminal Code allows the court to impose a consecutive sentence when a probation order is revoked.

R. v. Papalia 137

Criminal law — Wiretaps — Admissibility of evidence — Sufficiency of authorization — Whether authorization must specifically identify motor vehicle as place of interception — Collateral attack on order authorizing wiretap — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 178.13(2)(c).

Evidence — Admissibility — Wiretap evidence — Sufficiency of authorization — Whether authorization must specifically identify motor vehicle as place of interception.

R. v. Scott 174

Criminal law — Attempted murder — *Mens rea* — Requisite *mens rea* for attempted murder restricted to intent to kill — Lesser standard of intent applied by trial judge in charge delivered before principle enunciated — Court of Appeal finding jury had no alternative but to find requisite intent to kill — Whether Court of Appeal erred.

SOMMAIRE (Fin)

été légalement interceptées — Les interceptions des communications de la personne non désignée sont-elles admissibles? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 178.16(1).

R. c. Clermont 171

Droit criminel — Sentence — Probation — Accusé soumis à une ordonnance de probation déclaré coupable d'une infraction — Révocation de l'ordonnance de probation et imposition d'une sentence consécutive — L'article 664(4)d) du Code criminel permet-il à la cour d'imposer une sentence consécutive lors d'une révocation d'une ordonnance de probation?

R. c. Papalia 137

Droit criminel — Écoute électronique — Admissibilité en preuve — Caractère suffisant de l'autorisation — L'autorisation doit-elle identifier spécifiquement le véhicule automobile comme lieu d'interception? — Attaque indirecte de l'ordonnance autorisant l'écoute électronique — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 178.13(2)c).

Preuve — Admissibilité — Preuve obtenue par écoute électronique — Caractère suffisant de l'autorisation — L'autorisation doit-elle identifier spécifiquement le véhicule automobile comme lieu d'interception?

R. c. Scott 174

Droit criminel — Tentative de meurtre — *Mens rea* — *Mens rea* requise pour la tentative de meurtre limitée à l'intention de tuer — Norme d'intention moindre appliquée par le juge du procès dans les instructions données avant l'énoncé du principe — Conclusion de la Cour d'appel portant que le jury n'avait pas d'autre choix que de conclure à l'intention de tuer — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur?

Terre-Neuve (Procureur général) c. N.A.P.E. 204

Tribunaux — Outrage criminel — Piquetage devant un palais de justice au cours d'une grève légale — Un membre du syndicat en grève a traversé la ligne de piquetage pour se rendre à son travail au palais de justice — Mesures disciplinaires internes entreprises par le syndicat — Le piquetage devant un palais de justice au cours d'une grève légale constitue-t-il un outrage criminel? — Le syndicat avait-il le droit de prendre des mesures disciplinaires internes?

Frank Papalia, Bruno Monaco and Leo Cavasin Appellants

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. PAPALIA

File No.: 18948.

1987: November 30; 1988: September 15.

Present: Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Wiretaps — Admissibility of evidence — Sufficiency of authorization — Whether authorization must specifically identify motor vehicle as place of interception — Collateral attack on order authorizing wiretap — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 178.13(2)(c).

Evidence — Admissibility — Wiretap evidence — Sufficiency of authorization — Whether authorization must specifically identify motor vehicle as place of interception.

The Crown's case against appellants depended upon wiretap evidence and certain derivative evidence. Interceptions were made in motor vehicles, and although the police knew they intended to make these interceptions when the applications for the authorizations were made, these locations were not specifically included in the locations described in the judicial authorizations. The trial judge on a *voir dire* held that the motor vehicles should have been described in the judicial authorizations and excluded the evidence. The Court of Appeal considered this holding to be a collateral attack upon the order of a judge of the Supreme Court of Ontario and allowed the Crown's appeal. Three sub-issues rose out of the central issue of whether the interceptions in the motor vehicles were made in accordance with an authorization: (1) whether a motor vehicle is a "place" within the meaning of s. 178.13(2)(c) of the *Criminal Code*; (2) whether compliance with this section requires that a "place" known to be a target of the wiretap be expressly specified in the authorization; and (3) whether the trial judge's ruling constituted a collateral attack on the authorizations and whether his reliance on the Crown's concession that the motor vehicles were a known target

* Estey J. took no part in the judgment.

Frank Papalia, Bruno Monaco et Leo Cavasin Appellants

c.

^a Sa Majesté La Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. C. PAPALIA

N° du greffe: 18948.

^b 1987: 30 novembre; 1988: 15 septembre.

Présents: Les juges Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson et La Forest.

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

Droit criminel — Écoute électronique — Admissibilité en preuve — Caractère suffisant de l'autorisation — L'autorisation doit-elle identifier spécifiquement le véhicule automobile comme lieu d'interception? — Attaque indirecte de l'ordonnance autorisant l'écoute électronique — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 178.13(2)c.

Preuve — Admissibilité — Preuve obtenue par écoute électronique — Caractère suffisant de l'autorisation — L'autorisation doit-elle identifier spécifiquement le véhicule automobile comme lieu d'interception?

La poursuite s'appuie en l'espèce sur des éléments de preuve obtenus par écoute électronique et sur certaines preuves dérivées. Les interceptions ont été faites dans des véhicules automobiles et, bien que la police ait eu l'intention de faire ces interceptions lorsque les demandes d'autorisation ont été présentées, ces endroits n'ont pas été inclus spécifiquement dans les lieux décrits dans les autorisations judiciaires. Au cours d'un *voir dire*, le juge du procès a conclu que les véhicules automobiles auraient dû être décrits dans les autorisations judiciaires et il a exclu les éléments de preuve. La Cour d'appel a estimé que cette décision constitue une attaque indirecte de l'ordonnance d'un juge de la Cour suprême de l'Ontario et a accueilli l'appel de la poursuite. Trois sous-questions découlent de la question principale de savoir si les interceptions effectuées dans les véhicules automobiles l'ont été en conformité d'une autorisation: (1) Un véhicule automobile est-il un «lieu» au sens de l'al. 178.13(2)c) du *Code criminel*? (2) Le respect de cet alinéa exige-t-il qu'un «lieu» connu comme étant une cible de l'écoute électronique soit expressément spécifié dans l'autorisation? (3) La décision du juge du procès constitue-t-elle une attaque indirecte des autorisations et

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

prior to authorization constituted "going behind" the authorizations.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McIntyre, Lamer and Wilson JJ.: The interceptions in the motor vehicles were made in accordance with the authorizations. A motor vehicle is or may be a "place" within the meaning of s. 178.13(2)(c) of the *Criminal Code*. That word, when used without specific definition, should be given a meaning consistent with the scope and nature of the offence to which it relates. The requirement of s. 178.13(2)(c) that the authorization describe the place of interception was met by paragraphs 4 and 5 of the authorizations. The motor vehicles of the two appellants, who were specifically named in the authorizations, were consequently covered by the authorizations. The interceptions, therefore, were lawful under Part IV.1 of the *Code* and admissible in evidence. It was unnecessary to deal with whether the authorizations should have gone further and described the automobiles which were the targets of the interception. That argument was a collateral attack upon the authorizations and not available to the appellants.

Per La Forest J.: The appeal should be dismissed solely on the basis that the judge's manner of dealing with the authorization constituted a collateral attack upon the authorization.

Cases Cited

By McIntyre J.

Applied: *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633; *Wiretap Reference*, [1984] 2 S.C.R. 697; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *R. v. Musitano* (1985), 24 C.C.C. (3d) 65; **referred to:** *R. v. Saunders* (1906), 12 O.L.R. 615, aff'd (1907), 38 S.C.R. 382; *R. v. Thompson* (1920), 48 O.L.R. 163; *Hutt v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 476; *R. v. Crease (No. 2)* (1980), 53 C.C.C. (2d) 378; *R. v. Blacquièrè* (1980), 57 C.C.C. (2d) 330; *R. v. Cardoza* (1981), 61 C.C.C. (2d) 412.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.13(2)(c), 179(1), 225, 306(4), 309, 618(2)(a).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1984), 47 O.R. (2d) 289, 13 C.C.C. (3d) 449, 41 C.R. (3d) 366, allowing an appeal from a judgment of Dunlap Co. Ct. J. on a *voir dire*. Appeal dismissed.

le fait qu'il s'est fondé sur une concession du substitut que les véhicules automobiles étaient une cible connue avant l'autorisation constitue-t-il une «vérification» des autorisations?

a Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges McIntyre, Lamer et Wilson: Les interceptions effectuées dans les véhicules automobiles respectent les autorisations. Un véhicule automobile est ou peut être un «lieu» au sens de l'al. 178.13(2)c) du *Code criminel*. Lorsqu'il est employé sans définition précise, ce mot doit recevoir un sens compatible avec la portée et la nature de l'infraction à laquelle il se rapporte. L'exigence de l'al. 178.13(2)c) que l'autorisation décrive le lieu de l'interception a été respectée par les termes des paragraphes 4 et 5 des autorisations. Les véhicules automobiles des deux appelants qui étaient spécifiquement nommés dans les autorisations, sont donc visés par ces dernières. Les interceptions sont donc régulières en vertu de la partie IV.1 du *Code* et admissibles en preuve. Il est inutile d'examiner si les autorisations auraient dû aller plus loin et décrire les automobiles visées par l'interception. Cet argument constitue une attaque indirecte des autorisations et les appelants ne peuvent l'invoquer.

e Le juge La Forest: Le pourvoi doit être rejeté pour le seul motif que la façon dont le juge a traité de l'autorisation en constitue une attaque indirecte.

f Jurisprudence

Citée par le juge McIntyre

Arrêts appliqués: *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633; *Renvoi sur l'écoute électronique*, [1984] 2 R.C.S. 697; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *R. v. Musitano* (1985), 24 C.C.C. (3d) 65; **arrêts mentionnés:** *R. v. Saunders* (1906), 12 O.L.R. 615, conf. par (1907), 38 R.C.S. 382; *R. v. Thompson* (1920), 48 O.L.R. 163; *Hutt c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 476; *R. v. Crease (No. 2)* (1980), 53 C.C.C. (2d) 378; *R. v. Blacquièrè* (1980), 57 C.C.C. (2d) 330; *R. v. Cardoza* (1981), 61 C.C.C. (2d) 412.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 178.13(2)c), 179(1), 225, 306(4), 309, 618(2)a).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1984), 47 O.R. (2d) 289, 13 C.C.C. (3d) 449, 41 C.R. (3d) 366, qui a accueilli un appel d'un jugement du juge Dunlap de la Cour de comté sur un *voir dire*. Pourvoi rejeté.

Brian H. Greenspan and Kevin LaRoche, for the appellants.

Brian J. Gover, for the respondent.

The judgment of McIntyre, Lamer and Wilson JJ. was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal comes to the Court as of right, pursuant to the provisions of s. 618(2)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. The appellants with two others were indicted and tried in the County Court by judge alone on an indictment which alleged a conspiracy to defraud the Government of Canada. It was in the following terms:

That they, between June 1, 1979 and November 30, 1979 at the City of Hamilton in the Judicial District of Hamilton-Wentworth and elsewhere in the Province of Ontario unlawfully did conspire together, each with one or more of the others and with Antoinette Pugliese and other persons at present unknown, to, by deceit, falsehood or other fraudulent means, defraud the Government of Canada and the Canadian Home Insulation Programme, of money or funds in the bank having a value exceeding two hundred dollars (\$200.00), contrary to Section 338(1)(a) and 423(1)(d) of the Criminal Code of Canada.

The Crown's case depended upon a series of electronically intercepted private communications made in Hamilton and Burlington and, in addition, the Crown sought to introduce certain derivative evidence obtained as a result of the interceptions. All the interceptions were made under the authority of two judicial authorizations, one given by Saunders J., of the Ontario Supreme Court, on June 21, 1979 (renewed on August 17, 1979 by Blair Co. Ct. J.), and the second authorization was granted by Blair Co. Ct. J. on October 18, 1979. Only two paragraphs from the authorizations come under consideration in this appeal. Clause 4, appearing in each, provided that the private communications of each of the appellants could be intercepted:

4. . . .

(a) By the use of audio transmitter and receiver, an electromagnetic, acoustic device sometimes referred to as a microphone and amplifier installed at or near the addresses described in

Brian H. Greenspan et Kevin LaRoche, pour les appelants.

Brian J. Gover, pour l'intimée.

^a Version française du jugement des juges McIntyre, Lamer et Wilson rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Il s'agit d'un pourvoi de plein droit en application de l'al. 618(2)a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34. Les appelants ainsi que deux autres personnes ont été accusés et jugés devant la Cour de comté par un juge seul en vertu d'un acte d'accusation qui allègue un complot en vue de frustrer le gouvernement du Canada. En voici le texte:

[TRADUCTION] Que, entre le 1^{er} juin 1979 et le 30 novembre 1979, dans la ville de Hamilton, district judiciaire de Hamilton-Wentworth, et ailleurs dans la province de l'Ontario, ils ont comploté ensemble, l'un avec l'autre ou les autres, et avec Antoinette Pugliese et d'autres personnes actuellement inconnues, en vue de frustrer le gouvernement du Canada et le Programme d'isolation thermique des résidences canadiennes par supercherie, mensonge ou autre moyen dolosif, de sommes ou de fonds en banque dont la valeur est supérieure à deux cents dollars (200 \$), contrairement aux al. 338(1)a) et 423(1)d) du Code criminel du Canada.

^f La poursuite s'appuie en l'espèce sur une série de communications privées qui ont eu lieu à Hamilton et à Burlington et qui ont été interceptées au moyen de dispositifs électroniques. La poursuite a également cherché à introduire certaines preuves dérivées obtenues par suite des interceptions. ^g Toutes les interceptions ont été faites en vertu de deux autorisations judiciaires, l'une donnée par le juge Saunders de la Cour suprême de l'Ontario le 21 juin 1979 (renouvelée le 17 août 1979 par le juge Blair de la Cour de comté), et l'autre accordée par le juge Blair le 18 octobre 1979. Seulement deux paragraphes des autorisations sont en cause dans le présent pourvoi. Le paragraphe 4, ^h qui figure dans chacune des autorisations, énonce que les communications privées de chacun des appelants peuvent être interceptées: ⁱ

[TRADUCTION] 4. . . .

^j a) Par l'utilisation d'un émetteur—récepteur audio, un dispositif électromagnétique, appelé aussi microphone et amplificateur, installé aux adresses indiquées au paragraphe cinq (5) de l'autori-

paragraph five (5) of the Authorization, or at or near such further other locations, both stationary or mobile, for which there are reasonable and probable grounds to believe such locations may be used by any person or persons described in paragraph three (3) of this Authorization for the purpose of carrying out private communications for the purposes as specified in paragraph one (1) of this Authorization

Clause 5 of each specified various addresses at which interceptions could be made and then provided that, in addition, interceptions could be made:

5. . . .

(n) . . . at or near such further other locations for which there are reasonable and probable grounds to believe that the persons described in paragraph three (3) of this Authorization may carry on private communications in respect of the offences as set out in paragraph one (1) of this Authorization.

Certain of the interceptions were made in the automobiles of Papalia and Monaco in which the police had surreptitiously placed listening devices. It was conceded that at the date of the application for the first judicial authorization the police were aware of the existence of the automobiles, having made observations of Papalia and Monaco conversing in them. It was conceded as well that the police at that time intended to intercept communications made in the vehicles. The vehicles were not, however, specifically identified in the authorizations as places of interception. Other interceptions were made in the board room and office of a business located at 20 Railway Street in Hamilton. The police entered these premises surreptitiously and installed a telephone tap and room listening devices.

In a *voir dire* held by the trial judge to decide on the admissibility of the interceptions, the appellants raised two arguments. First, they submitted that with the exception of the telephone interceptions, all the interceptions were unlawful because they had been obtained by unlawful trespass by the police on private property. This argument was rejected in the courts below, and has now been settled by the decisions of this Court in *Lyons v.*

sation ou en tous autres lieux, fixes ou mobiles, ou près de ces adresses ou lieux, à l'égard desquels il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu'ils peuvent être utilisés par toute personne décrite au paragraphe trois (3) de la présente autorisation pour avoir des communications privées aux fins précisées au paragraphe premier (1) de la présente autorisation . . .

b Le paragraphe 5 de chacune précise diverses adresses auxquelles les interceptions peuvent être faites, puis prévoient que, en outre, les interceptions peuvent être faites:

c [TRADUCTION] 5. . . .

n) . . . en tous autres lieux, ou près de ces lieux, à l'égard desquels il existe des motifs raisonnables et probables de croire que les personnes décrites au paragraphe trois (3) de la présente autorisation peuvent avoir des communications privées relativement aux infractions énumérées au paragraphe premier (1) de la présente autorisation.

Certaines des interceptions ont été faites dans les automobiles de Papalia et de Monaco dans lesquelles la police avait subrepticement mis en place des dispositifs d'écoute. On a admis qu'à la date de la demande visant la première autorisation judiciaire la police connaissait l'existence des automobiles, car on y avait observé Papalia et Monaco qui y discutaient. On a également admis que la police avait à ce moment-là l'intention d'intercepter des communications faites dans les véhicules. Les véhicules n'ont cependant pas été identifiés spécifiquement dans les autorisations en tant que lieux d'interception. D'autres interceptions ont été faites dans la salle de conférence et un bureau d'une entreprise sise au 20, Railway Street à Hamilton. La police est entrée subrepticement dans ces locaux pour y installer des dispositifs d'écoute de téléphone et de pièce.

Au cours d'un *voir dire* tenu par le juge du procès pour décider de l'admissibilité des interceptions, les appelants ont soulevé deux arguments. Premièrement ils ont prétendu que, à l'exception des interceptions téléphoniques, toutes les interceptions étaient illégales parce qu'elles avaient été obtenues au moyen d'une intrusion illicite de la police dans une propriété privée. Les cours d'instance inférieures ont rejeté cet argument qui a

The Queen, [1984] 2 S.C.R. 633, and the *Wiretap Reference*, [1984] 2 S.C.R. 697. The second argument was that the evidence obtained by the installation of the listening devices in the appellants' automobiles was inadmissible because, while the police knew of the vehicles as intended places of interception before they applied for the authorization, the vehicles were not specifically identified. This, it was contended, is required by s. 178.13(2)(c) of the *Code* which provides that an authorization shall:

178.13 ...

(2) ...

(c) state the identity of the persons, if known, whose private communications are to be intercepted, generally describe the place at which private communications may be intercepted, if a general description of that place can be given, and generally describe the manner of interception that may be used; [Emphasis added.]

The trial judge gave effect to this argument. He found that the automobiles in question were private places within the meaning of Part IV.1 of the *Code*. Since the police had intended to install listening devices in them for the purpose of intercepting private communications from the outset, they should have been specifically identified in the authorizations as places of interception in accordance with s. 178.13(2)(c). In the absence of a general description of the automobiles in the authorizations, which could have been given by reference to licence numbers or vehicle make, it could not be held that the motor vehicles were covered. He therefore excluded the evidence of the interceptions and certain derivative evidence obtained as a result. The remaining Crown evidence was not considered sufficient to support a conviction and the appellants were acquitted.

The Crown's appeal was allowed. Brooke J.A., writing for a unanimous court (Brooke, Arnup and Blair J.J.A.), considered that the trial judge's holding that the motor vehicles should have been

maintenant été réglé par les arrêts de cette Cour *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633, et le *Renvoi sur l'écoute électronique*, [1984] 2 R.C.S. 697. Suivant le second argument, les éléments de preuve obtenus par l'installation des dispositifs d'écoute dans les automobiles des appelants étaient inadmissibles parce que, bien que la police ait su que les véhicules étaient des lieux visés par les interceptions avant la demande d'autorisation, les véhicules n'ont pas été identifiés spécifiquement. C'est pourtant, prétend-on, ce qu'exige l'al. 178.13(2)c) du *Code* aux termes duquel une autorisation doit:

c 178.13 ...

(2) ...

c) indiquer, si elle est connue, l'identité des personnes dont les communications privées doivent être interceptées, décrire de façon générale le lieu où les communications privées pourront être interceptées, s'il est possible de donner une description générale de ce lieu, et une description générale de la façon dont les communications pourront être interceptées; [Je souligne.]

Le juge du procès a accepté cet argument. Il a conclu que les automobiles en cause étaient des lieux privés au sens de la partie IV.1 du *Code*. Puisque la police avait l'intention d'y installer des dispositifs d'écoute aux fins d'intercepter, de l'extérieur, des communications privées, elles auraient dû être spécifiquement identifiées dans les autorisations comme des lieux d'interception conformément à l'al. 178.13(2)c). En l'absence d'une description générale des automobiles dans les autorisations, ce qui aurait pu être fait au moyen du numéro d'immatriculation ou de la marque du véhicule, on ne pouvait conclure que les véhicules automobiles étaient visés. Il a donc exclu les éléments de preuve provenant des interceptions et certaines preuves dérivées obtenues en conséquence. Les autres preuves à charge n'ont pas été considérées suffisantes pour justifier une déclaration de culpabilité et les appelants ont été acquittés.

L'appel de la poursuite a été accueilli. Le juge Brooke, rédigeant l'opinion unanime de la cour composée en outre des juges Arnup et Blair, a estimé que la conclusion du juge du procès que les

specifically mentioned in the authorizations amounted to a collateral attack upon the order of a judge of the Supreme Court of Ontario. In this, he relied on *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594, a judgment of this Court rendered after the ruling at trial. Brooke J.A. said that the trial judge was bound to accept the validity of the authorization. To inquire into whether or not the vehicles should have been specified in the authorization as "known places" at the date of the application for authorization was to go behind the authorization. It should have been taken at face value. This would have led to the conclusion that clauses 4 and 5 were sufficient to authorize the installation of the listening devices and the interceptions in the two vehicles.

In this Court the appellants framed the issues arising in these terms. They said the central issue to be determined is whether the interceptions in the automobiles were made in accordance with an authorization, the terms of which comply with Part IV.1 of the *Code*. They said that three sub-issues arose and they set them out in their factum in the following manner:

1. Were the automobiles 'places' within the meaning of Section 178.13(2)(c) of the *Criminal Code*?
2. Does compliance with Section 178.13(2)(c) require that a 'place' known to be a target of the interception prior to the authorization be expressly specified as a 'place' in the authorization?
3. Did the ruling of the learned Trial Judge that a 'place' known to be a target of interception must be expressly specified in the authorization constitute a collateral attack on the authorization to intercept the Appellant's private communications or did the learned Trial Judge's reliance upon the concession of Crown counsel that the automobiles were a known target of interception prior to the authorization constitute 'going behind' the authorization?

In respect of the first two issues, it was argued that automobiles are "places" within the meaning of that expression in s. 178.13(2)(c) of the *Code* and, therefore, the automobiles in this case should have been named and described, if only by a vehicle name or licence number in the authorization. The third point concerned the question of whether the trial judge, in concluding that a place known to be

véhicules automobiles auraient dû être spécifiquement mentionnés dans les autorisations équivalait à une attaque indirecte de l'ordonnance d'un juge de la Cour suprême de l'Ontario. Il a fondé cette opinion sur l'arrêt *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594, rendu par cette Cour après la décision du juge du procès. Le juge Brooke a dit que le juge du procès était tenu d'accepter la validité de l'autorisation. Se demander si les véhicules auraient dû être spécifiés dans l'autorisation en tant que «lieux connus» à la date de la demande d'autorisation, revenait à vérifier l'autorisation. Elle aurait dû être acceptée telle qu'elle était. Cela aurait amené à conclure que les paragraphes 4 et 5 étaient suffisants pour autoriser l'installation de dispositifs d'écoute et les interceptions dans les deux véhicules.

En cette Cour, les appelants ont formulé les questions en litige. Ils ont dit que la question centrale était de savoir si les interceptions dans les automobiles étaient conformes à une autorisation dont les modalités respectent la partie IV.1 du *Code*. Ils ont dit que trois sous-questions se posent et ils les ont exposées en ces termes dans leur mémoire:

- [TRADUCTION] 1. Les automobiles étaient-elles des «lieux» au sens de l'al. 178.13(2)c) du *Code criminel*?
2. Le respect de l'al. 178.13(2)c) exige-t-il qu'un «lieu» connu comme étant une cible de l'interception avant la demande d'autorisation soit expressément spécifié comme «lieu» dans l'autorisation?
 3. La décision du savant juge du procès qu'un «lieu» connu comme étant une cible d'interception doit être spécifié expressément dans l'autorisation constitue-t-elle une attaque indirecte de l'autorisation d'intercepter les communications privées de l'appelant ou le fait que le savant juge du procès s'est fondé sur la concession de l'avocat de la poursuite que les automobiles étaient une cible connue d'interception avant la demande d'autorisation constitue-t-il une «vérification» de l'autorisation?

Relativement aux deux premières questions, on a allégué que les automobiles sont des «lieux» au sens de cette expression à l'al. 178.13(2)c) du *Code* et, par conséquent, que les automobiles en l'espèce auraient dû être nommées et décrites dans l'autorisation, même seulement par un nom de véhicule ou un numéro d'immatriculation. Le troisième point porte sur la question de savoir si le juge du procès

a target for interception ought to have been included in the authorization, made a collateral attack on the authorization an order of the Supreme Court of Ontario.

The Crown concedes that an automobile is or may be a "place" within the meaning of s. 178.13(2)(c) of the *Code*. This, in my view, was a concession properly made. An automobile, under the clear wording of s. 178.13(2)(c), may be a place at which private communications may be intercepted. As pointed out by the appellants, the word "place" is defined in various sections of the *Code* in narrow and specific terms. For example, s. 179(1) of the *Code* defines common bawdy-houses, common betting houses, common gaming houses, and disorderly houses in narrow and specific terms. The same is true of s. 306(4) which defines "place" for the purpose of ss. 306 and 309 in similar narrow terms. It is evident, however, that in employing such limited definitions the *Code* has done so to suit the circumstances and conditions of certain offences. Therefore, when the word is used without specific definition, it would be reasonable to give it a meaning consistent with the scope and nature of the offence to which it relates. In *R. v. Saunders* (1906), 12 O.L.R. 615 (C.A.), affirmed in this Court (1907), 38 S.C.R. 382, where an accused was charged with keeping a common betting house because of his operation of a mobile betting booth at a race track, Moss C.J.O. said, at p. 619:

The Courts have declined to define a place in general terms — but they recognize the principle that "place" must be in some sense fixed and ascertained, and the inquiry is whether the facts of the particular case shew that the person charged was making such use of a house, office, room or other place, in which he was operating, as to bring him within the Act.

And see, as well, *R. v. Thompson* (1920), 48 O.L.R. 163, where an accused was charged with keeping a disorderly house or a place for prostitution. The accused was a taxi driver and permitted the use of his taxi for this purpose. In his defence it was argued that an automobile was not a place, as defined in s. 225 of the *Code* as it then stood,

a attaqué indirectement l'autorisation, une ordonnance de la Cour suprême de l'Ontario quand il a conclu qu'un lieu connu comme étant une cible d'interception aurait dû être inclus dans l'autorisation.

La poursuite reconnaît qu'une automobile est ou peut être un «lieu» au sens de l'al. 178.13(2)c) du *Code*. À mon avis, cette concession est correcte. Selon la formulation claire de l'al. 178.13(2)c), une automobile peut être un lieu dans lequel des communications privées peuvent être interceptées. Comme l'ont souligné les appelants, le mot «place» ou «endroit» est défini dans plusieurs articles du *Code* en des termes précis et spécifiques. Par exemple, le par. 179(1) du *Code* définit les expressions maison de débauche, maison de pari, maison de jeu et maison de désordre en des termes précis et spécifiques. On peut en dire autant du par. 306(4) qui définit le terme «endroit» pour l'application des art. 306 et 309 en des termes également précis. Il est évident, cependant, qu'en employant des définitions aussi restreintes le *Code* a voulu s'adapter aux circonstances et aux conditions de certaines infractions. Par conséquent, lorsque le mot est employé sans définition spécifique, il serait raisonnable de lui attribuer un sens compatible avec la portée et la nature de l'infraction à laquelle il se rattache. Dans l'affaire *R. v. Saunders* (1906), 12 O.L.R. 615 (C.A.), arrêt confirmé par cette Cour (1907), 38 R.C.S. 382, dans laquelle un prévenu était accusé d'avoir tenu une maison de pari parce qu'il exploitait un guichet mobile de pari à une piste de course, le juge en chef Moss de l'Ontario a dit à la p. 619:

[TRADUCTION] Les tribunaux ont refusé de définir un lieu en termes généraux, mais ils ont reconnu le principe qu'un «lieu» doit être dans un certain sens fixe et défini, et il s'agit de savoir si les faits d'une affaire donnée démontrent que l'accusé utilisait une maison, un bureau, une chambre ou un autre lieu dans lequel il agissait de manière telle que la Loi lui était applicable.

Voir également l'affaire *R. v. Thompson* (1920), 48 O.L.R. 163, dans laquelle un inculpé était accusé d'avoir tenu une maison de désordre ou un lieu de prostitution. L'inculpé était un conducteur de taxi qui permettait l'utilisation de son véhicule à cette fin. Il a allégué dans sa défense qu'une automobile n'était pas un lieu, suivant la définition

and that a place must have some fixed character as concerns its immediate surroundings. Orde J. referred to the *Saunders Case* and, at p. 167, said:

The fact that the car is moved from spot to spot makes no difference, in my opinion. The prisoner was allowing his car to be used by prostitutes for the purposes of prostitution. There was a localization of the acts within the confines of the car, and, in my opinion, it then became the 'place' where the acts of prostitution took place. The analogy between this case and the case of the moveable booth in the *Saunders* case is complete.

I would also observe that this Court in *Hutt v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 476, considered that an automobile could be a place. I would say, therefore, that an automobile may clearly be a place for the purpose of s. 178.13(2)(c) of the *Code*. Indeed, it must be observed that this proposition has been accepted, seemingly without question, from the very early days of the present Part IV.1 of the *Code*. Automobiles have been frequent targets of interception. The real question upon which the parties are divided is whether a vehicle known by the police to be a target for interception at, or prior to, the time of application for an authorization must be expressly stated as a place in the authorization. In the authorization with which we are concerned, the appellants, Papalia and Monaco, are both named as targets for interception. The automobiles were not specifically named. Section 178.13(2)(c) provides that an authorization shall:

178.13 ...

(2) ...

(c) state the identity of the persons, if known, whose private communications are to be intercepted, generally describe the place at which private communications may be intercepted, if a general description of that place can be given, and generally describe the manner of interception that may be used;

To satisfy the requirement that the authorization must "generally describe the place at which private communications may be intercepted, if a general description of that place can be given", the Crown must rely on the passages from the authori-

de l'art. 225 du *Code* alors en vigueur, et qu'un lieu doit avoir un certain caractère fixe par rapport à son environnement immédiat. Le juge Orde a renvoyé à l'arrêt *Saunders* et a dit (à la p. 167):

^a [TRADUCTION] Le fait que l'automobile se déplace d'un endroit à un autre ne fait aucune différence à mon avis. Le détenu permettait que son automobile soit utilisée par des prostituées à des fins de prostitution. Les actes se produisaient à l'intérieur de l'automobile et, à mon avis, celle-ci devenait le «lieu» où les actes de prostitution avaient lieu. L'analogie entre la présente espèce et le guichet mobile dans l'affaire *Saunders* est complète.

Je ferais également observer que cette Cour dans l'arrêt *Hutt c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 476, a considéré qu'une automobile pouvait être un lieu. Je dirais donc qu'une automobile peut nettement être un lieu aux fins de l'al. 178.13(2)(c) du *Code*. Et même il faut signaler que cette proposition a été acceptée, sans aucun doute semble-t-il, depuis les premiers jours de l'entrée en vigueur de la présente partie IV.1 du *Code*. Les automobiles ont fréquemment été la cible d'interceptions. La vraie question sur laquelle les parties ne s'entendent pas est de savoir si un véhicule que la police savait être la cible d'une interception au moment de la demande d'autorisation ou avant doit être expressément désigné comme un lieu dans l'autorisation. Dans l'autorisation en cause, les appelants Papalia et Monaco sont tous deux nommés comme cibles d'interception. Les automobiles ne sont pas spécifiquement désignées. Selon l'alinéa 178.13(2)(c), une autorisation doit:

178.13 ...

(2) ...

c) indiquer, si elle est connue, l'identité des personnes dont les communications privées doivent être interceptées, décrire de façon générale le lieu où les communications privées pourront être interceptées, s'il est possible de donner une description générale de ce lieu, et une description générale de la façon dont les communications pourront être interceptées;

Pour répondre à l'exigence que l'autorisation doit «décrire de façon générale le lieu où les communications privées pourront être interceptées, s'il est possible de donner une description générale de ce lieu», la poursuite doit se fonder sur les passages

zations extracted, *supra*, clauses 4 and 5 of each order.

The appellants say that the automobiles were both known to the police at the time of the application for the authorization and that they were at that time intended as targets for interception. They should have been specifically named. This could readily have been done, they argued, by reference to the licence numbers or to the makes and models or year of manufacture of the vehicles. They invoke the principle stated in such cases as *R. v. Crease (No. 2)* (1980), 53 C.C.C. (2d) 378 (Ont. C.A.); *R. v. Blacquiere* (1980), 57 C.C.C. (2d) 330; *R. v. Cardoza* (1981), 61 C.C.C. (2d) 412, that where s. 178.13(2)(c) requires that an authorization state the identity of persons, if known, failure to name a known person will render the interception of his private communications inadmissible. This proposition by analogy, it is argued, applies where known locations are not specified.

The Crown's position is simply stated. It argues that the evidence from the interceptions made in the cars is admissible because it was obtained in accordance with a valid judicial authorization. Section 178.13(2)(c) requires that the authorization generally describe the locations or places of interception. This was done in the case at bar and paragraphs 4 and 5, reproduced above, give an adequate general description of the places of interception. The Crown relies on this point on *R. v. Musitano* (1985), 24 C.C.C. (3d) 65 (Ont. C.A.) This case involved several other issues, but in the judgment of the court (Brooke, Lacourcière and Robins J.J.A.), at pp. 69-70, facts somewhat similar to the case at bar were considered. An authorization had been given which gave wide powers of interception in a basket clause and, in addition, authorized interception of "Any motor vehicle used by any of the persons set out in paragraph 5 at any location", and then provided further:

5. (b) and at or near such further or other locations both stationary and mobile for which there are reasonable and probable grounds to believe the persons described in paragraph three (3) of this Authorization may carry on private communications in relation to the

précités des autorisations, savoir les paragraphes 4 et 5 de chaque ordonnance.

Les appelants disent que les automobiles étaient toutes deux connues de la police au moment de la demande d'autorisation et qu'on avait l'intention d'en faire les cibles d'interceptions. Elles auraient dû être spécifiquement désignées. Une mention du numéro d'immatriculation ou de la marque ou du modèle ou de l'année de fabrication des véhicules aurait permis de le faire facilement, disent-ils. Ils invoquent le principe énoncé dans des décisions comme *R. v. Crease (No. 2)* (1980), 53 C.C.C. (2d) 378 (C.A. Ont.), *R. v. Blacquiere* (1980), 57 C.C.C. (2d) 330, *R. v. Cardoza* (1981), 61 C.C.C. (2d) 412, suivant lequel, lorsque l'al. 178.13(2)c exige qu'une autorisation donne l'identité de personnes, si elle est connue, l'omission de nommer une personne connue rendra inadmissible l'interception de ses communications privées. Cette proposition, allègue-t-on, s'applique par analogie lorsque des lieux connus ne sont pas spécifiés.

La position de la poursuite est énoncée simplement. Elle allègue que la preuve tirée des interceptions faites dans les automobiles est admissible parce qu'elle a été obtenue conformément à une autorisation judiciaire valide. L'alinéa 178.13(2)c exige que l'autorisation décrive de manière générale les lieux de l'interception. On l'a fait en l'espèce et les paragraphes 4 et 5, déjà cités, donnent une description générale suffisante des lieux d'interception. La poursuite invoque sur ce point l'arrêt *R. v. Musitano* (1985), 24 C.C.C. (3d) 65 (C.A. Ont.) Cette affaire soulevait plusieurs autres questions mais dans l'arrêt de la cour, composée des juges Brooke, Lacourcière et Robins, aux pp. 69 et 70, des faits assez semblables à ceux de la présente espèce ont été examinés. L'autorisation accordée donnait de vastes pouvoirs d'interception dans une clause omnibus et permettait en outre l'interception dans [TRADUCTION] «tout véhicule automobile utilisé par chacune des personnes énumérées au paragraphe 5 en tout lieu», puis ajoutait aussi:

[TRADUCTION] 5. b) et en tous autres lieux, fixes et mobiles, ou près de ces lieux, à l'égard desquels il existe des motifs raisonnables et probables de croire que les personnes décrites au paragraphe trois (3) de la présente autorisation peuvent avoir des communications privées

offences specified in paragraph one (1) of this Authorization.

Dealing with the question of interceptions made in the automobile of one Wala, held to be covered as a target for interception under the basket clause, the Court said, at p. 70:

The appellants Wala and Cummings submit that the interception of their private communication in her automobile is not admissible, as it was unlawful, because that location was not authorized. They submit that at the time the application for the authorization was made, the police knew the licence number and particulars of her automobile. It ought, therefore, to have been included as a designated specific location at which the interception of private communications might be made. We do not agree that this was necessary or that the absence of the particulars in the circumstances was fatal to the lawfulness of the interception. The authorization was clear and sufficient and the automobile in question fell within the description therein. In the result, there was no improper delegation to the police of the power to select whose communications should be intercepted or where the interception should be made as in *R. v. Paterson, Ackworth and Kovach* (1985), 18 C.C.C. (3d) 137, 44 C.R. (3d) 150 (Ont. C.A.). We agree with the trial judge that the interceptions in question were lawfully made and admissible.

I consider that this statement is equally applicable to the case at bar and, in fact, decisive in favour of the Crown's position. The cars of the two appellants who were specifically named in the authorizations were covered, in my view, by clauses 4 and 5 of the authorizations, and the interceptions were, therefore, lawful under Part IV.1 of the *Code* and admissible in evidence.

It is my view that it is unnecessary to deal with the argument that the authorization should have gone further and described the automobiles which were the targets of the interception. In that respect I am in agreement with Brooke J.A. in the Court of Appeal when he categorizes that argument as a collateral attack upon the authorization and in accordance with *Wilson v. The Queen, supra*, it is not available to the appellants. I would dismiss the appeal.

relativement aux infractions spécifiées au paragraphe premier (1) de la présente autorisation.

Examinant la question des interceptions faites dans l'automobile d'une nommée Wala, qui était visée en tant que cible d'interception en vertu de la clause omnibus, la cour a dit, à la p. 70:

[TRADUCTION] Les appelants Wala et Cummings soutiennent que l'interception de leur communication privée dans son automobile n'est pas admissible, étant illégale, parce que ce lieu n'a pas été autorisé. Ils soumettent qu'au moment où la demande d'autorisation a été présentée, la police connaissait le numéro d'immatriculation et les détails de son automobile. Elle aurait donc dû être incluse en tant que lieu spécifique désigné où l'interception de communications privées pourrait être faite. Nous ne considérons pas que c'était nécessaire ou que l'absence de détails dans les circonstances était fatale à la légitimité de l'interception. L'autorisation était claire et suffisante et l'automobile en question était comprise dans la description qui s'y trouve. En définitive, on n'a pas délégué de manière irrégulière à la police le pouvoir de choisir la personne dont les communications devraient être interceptées ou l'endroit où l'interception devrait être faite comme dans l'affaire *R. v. Paterson, Ackworth and Kovach* (1985), 18 C.C.C. (3d) 137, 44 C.R. (3d) 150 (C.A. Ont.) Nous partageons l'opinion du juge du procès portant que les interceptions en cause sont régulières et admissibles.

J'estime que cet exposé est également applicable en l'espèce et, en fait, qu'il est décisif en faveur de la position de la poursuite. Les automobiles des deux appelants qui ont été spécifiquement nommés dans les autorisations étaient incluses, à mon avis, dans les paragraphes 4 et 5 des autorisations et les interceptions étaient donc régulières en vertu de la partie IV.1 du *Code* et admissibles en preuve.

Il est à mon avis inutile d'examiner l'argument selon lequel l'autorisation aurait dû aller plus loin et décrire les automobiles visées par l'interception. À cet égard, je suis d'accord avec le juge Brooke lorsqu'il qualifie cet argument d'attaque indirecte de l'autorisation et, conformément à l'arrêt *Wilson c. La Reine*, précité, les appelants ne peuvent l'invoquer. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I have had the benefit of reading the judgment of Justice McIntyre and would dismiss the appeal solely for the reason set forth in the last paragraph of his judgment.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Greenspan, Arnup, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire le jugement du juge McIntyre et je suis d'avis de rejeter le pourvoi pour le motif énoncé dans le dernier alinéa de son jugement.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelants: Greenspan, Arnup, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Lorelei Vanweenan and John Chesson
Appellants

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. CHESSON

File Nos.: 19501, 19581.

1987: October 23; 1988: September 29.

Present: Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Interception of private communications — Admissibility of evidence — Interceptions authorized by court — Police surreptitiously installed a listening device in co-accused's vehicle — Device wired to vehicle's battery which provided power for its transmitter — Whether police action in installing the listening device lawful — Whether device authorized by Part IV.1 of the Criminal Code — Whether authorization permitting the use of the device employed.

Criminal law — Interception of private communications — Admissibility of evidence — Interceptions of communications of a person not named in authorization — Whether Crown may rely on the basket clause in authorization to introduce interceptions in evidence — Whether unnamed person in authorization a known or unknown person for the purposes of Part IV.1 of the Criminal Code — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 178.12(1)(e).

Criminal law — Interception of private communications — Admissibility of evidence — Interceptions of communications of a person not named in authorization made during conversations with persons whose communications were lawfully intercepted — Whether interceptions of unnamed person's communications admissible — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 178.16(1).

Appellants, V and C, were jointly charged along with several others with conspiracy to commit robbery and kidnapping. The Crown's case was largely dependent on certain private communications of the appellants which were intercepted under a judicial authorization while the police were investigating certain individuals concerning

*Estey J. took no part in the judgment.

Lorelei Vanweenan et John Chesson
Appelants

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. CHESSON

N^{os} du greffe: 19501, 19581.

^b 1987: 23 octobre; 1988: 29 septembre.

Présents: Les juges Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer et Wilson.

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

Droit criminel — Interception de communications privées — Admissibilité de la preuve — Autorisation judiciaire d'interception — Installation clandestine d'un dispositif d'écoute par la police dans le véhicule d'un coaccusé — Dispositif branché sur la batterie du véhicule pour alimenter son émetteur en électricité — L'installation du dispositif d'écoute par la police est-elle licite? — Le dispositif est-il autorisé par la partie IV.1 du Code criminel? — L'autorisation permet-elle d'utiliser le dispositif employé?

Droit criminel — Interception de communications privées — Admissibilité de la preuve — Interceptions des communications d'une personne non désignée dans l'autorisation — La poursuite peut-elle se fonder sur la clause omnibus de l'autorisation pour faire admettre les interceptions en preuve? — La personne non désignée dans l'autorisation est-elle une personne connue ou inconnue aux fins de la partie IV.1 du Code criminel? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 178.12(1)e).

Droit criminel — Interception de communications privées — Admissibilité de la preuve — Interceptions des communications d'une personne non désignée dans l'autorisation au cours de conversations avec des personnes dont les communications ont été légalement interceptées — Les interceptions des communications de la personne non désignée sont-elles admissibles? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 178.16(1).

ⁱ Les appelants, V et C, ont été inculpés conjointement, avec plusieurs autres, de complot pour commettre un vol qualifié et un enlèvement. La preuve de la poursuite repose largement sur certaines communications privées des appelants, interceptées en vertu d'une autorisation judiciaire dans le cadre d'une enquête policière sur

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

offences not connected with the present case. The authorization permitted the police to intercept private communications of four named individuals, including W, V's boy friend, as well as those of unknown persons. Neither of the appellants was named in the authorization. During the investigation, evidence revealed that W, the two appellants and two other individuals had revived a plan to rob a supermarket by kidnapping the cashier and forcing her to open the safe. Acting under the authorization granted earlier, the police were able to place surreptitiously a short-range listening device in W's motor vehicle. The device was wired to the vehicle's battery which provided power for its transmitter. It was not disputed that in this case the device caused no injury to either vehicle or battery. On a *voir dire*, the trial judge held that the intercepted communications of the appellants were all unlawful under Part IV.1 of the *Criminal Code*, and excluded them from evidence. As a result, he acquitted both appellants. On appeal, the Court of Appeal overturned the acquittals and ordered a new trial. This appeal is to determine (1) whether the surreptitious installation in a motor vehicle by police of a listening device, connected to the battery of the vehicle, constitutes an unlawful interception; (2) whether V is a person whose private communications were within the contemplation of the authorization; and (3) whether her private communications were admissible in view of the fact that they were made to persons whose communications were lawfully intercepted under the authorization.

Held: V's appeal should be allowed and C's appeal should be dismissed.

Per Beetz, McIntyre and Lamer JJ.: A covert or a surreptitious entry into private property for the purpose of installing an authorized listening device as an incident to the execution of a valid authorization is a power contemplated "by necessary implication and unavoidable inference" in Part IV.1 of the *Criminal Code*. Therefore, despite the fact that the entry might otherwise amount to unlawful conduct, the interception would be lawful under s. 178.16(1)(a) of the *Code* as having been authorized by Parliament. If the interception conforms with the authorization and it is carried out within the powers given in Part IV.1, the interception has been lawfully made. Here, appellants' contention that the use of a device connected to and draining the vehicle's battery was unlawful and unauthorized must be rejected. Devices which depend for their operation on an external power source such as an electrical socket or a

certain individus concernant des infractions n'ayant aucun rapport avec l'espèce. L'autorisation permettait à la police d'intercepter les communications privées de quatre individus qu'elle désignait, y compris W, dont V était la petite amie, ainsi que celles de personnes inconnues. Aucun des appelants n'est nommé dans l'autorisation. L'enquête a permis de réunir des éléments de preuve indiquant que W, les deux appelants et deux autres individus avaient repris un plan de cambriolage d'un supermarché, prévoyant l'enlèvement de la caissière pour la forcer à ouvrir le coffre. Agissant sur le fondement de l'autorisation accordée antérieurement, la police parvint à placer clandestinement un dispositif d'écoute de courte portée dans le véhicule automobile de W. Le dispositif était branché sur la batterie du véhicule qui fournissait l'électricité à son émetteur. Il est admis en l'espèce que le dispositif n'a causé aucun dommage au véhicule ou à la batterie. Au voir dire, le juge du procès a conclu à l'illégalité de toutes les interceptions des communications des appelants en vertu de la partie IV.1 du *Code criminel* et il a écarté ces éléments de preuve. En conséquence, il a acquitté les deux appelants. En appel, la Cour d'appel a infirmé les acquittements et ordonné un nouveau procès. Le présent pourvoi vise à déterminer: (1) si la police, en installant clandestinement dans un véhicule automobile un appareil d'écoute branché sur la batterie de ce véhicule, a effectué une interception illégale; (2) si, dans le cas de V, il s'agit d'une personne dont les communications privées étaient visées par l'autorisation; et (3) si ces dernières étaient admissibles, vu qu'elles ont été faites à des personnes dont les communications ont été légalement interceptées en vertu de l'autorisation.

Arrêt: Le pourvoi de V est accueilli et le pourvoi de C est rejeté.

Les juges Beetz, McIntyre et Lamer: Une entrée clandestine ou subreptice sur une propriété privée, dans le but d'y installer un dispositif d'écoute autorisé au cours de l'exécution d'une autorisation valide, est un pouvoir prévu «par déduction nécessaire» à la partie IV.1 du *Code criminel*. Donc, malgré que l'entrée puisse par ailleurs constituer un acte illégal, l'interception est licite en vertu de l'al. 178.16(1)a) du *Code*, parce qu'elle est autorisée par le législateur. Si l'interception respecte l'autorisation et est exécutée conformément aux pouvoirs conférés dans la partie IV.1, elle a été faite licitement. En l'espèce, l'argument des appelants portant que l'utilisation d'un dispositif relié à la batterie du véhicule et qui en draine l'électricité n'était pas autorisée et était illicite, doit être rejeté. Les dispositifs dont le fonctionnement dépend d'une source externe d'électricité, comme une prise de courant ou une batterie de voiture,

car battery are not excluded from the range of interception devices authorized by the *Code*. The use by the police of this device was also permitted under the authorization since its clauses did not impose a limitation on the type of device to be used.

V's communications were not caught by the authorization and were inadmissible. Because she was not named in the authorization, V's communications could only be lawfully intercepted if they qualified as those of an "unknown" person under the basket clause in the authorization. For the purposes of Part IV.1 of the *Code*, a particular person is "known" if she is a person whose identity was known to the police at the time they applied for the authorization and if she is a person "the interception of whose private communications there are reasonable and probable grounds to believe may assist the investigation of the offence" (s. 178.12(1)(a)). An "unknown" person is a person who does not meet these two conditions. In this case, the police knew of the existence of V when they applied for the authorization and, on the basis of the total knowledge the police had about her association with W, including her close relationship and her joint criminal activities with him, it was reasonable to assume that her private communications would, or could, assist the investigation of the offences outlined in the authorization. V therefore did not qualify as an "unknown" person and the Crown could not rely on the basket clause to introduce in evidence her private communications. She was a "known" person as defined in Part IV.1 of the *Code* and, not being named in the authorization, her private communications could not be intercepted under the authorization.

The Crown may not adduce evidence of the interception of V's private communications on the basis that they were made during conversations with persons whose communications were lawfully intercepted. Section 178.16(1) of the *Code* provides in the clearest terms that an intercepted private communication is inadmissible as evidence against the originator thereof or the person intended to receive it, unless the interception was lawfully made or the originator of it or the person intended by the originator to receive it has consented to the admission of the evidence. Here, V's communications were at issue. Their interception was unlawful and V did not consent to their admission.

Per Wilson J.: All forms of entry are not authorized by necessary implication in Part IV.1 of the *Criminal*

ne sont pas exclus du champ des dispositifs d'interception autorisés par le *Code*. L'emploi par la police de ce dispositif était également permis en vertu de l'autorisation puisque ses clauses n'imposaient aucune limitation quant aux types de dispositifs à utiliser.

Les communications de V n'étaient pas visées par l'autorisation et sont inadmissibles. Comme elle n'est pas désignée dans l'autorisation, ces communications ne pouvaient être légalement interceptées à moins de les qualifier de communications émanant d'une personne «inconnue» en vertu de la clause omnibus de l'autorisation. Pour les fins de la partie IV.1 du *Code*, une personne en particulier est «connue» lorsqu'il s'agit d'une personne dont la police connaissait l'identité au moment de la demande d'autorisation et d'une personne «dont les communications privées devraient être interceptées du fait qu'on a des motifs raisonnables et probables de croire que cette interception pourra être utile à l'enquête relative à l'infraction» (al. 178.12(1)a)). Une personne «inconnue» est une personne qui ne répond pas à ces deux conditions. En l'espèce, les policiers connaissaient l'existence de V lorsqu'ils ont demandé l'autorisation et, vu l'ensemble des informations dont disposait la police sur ses rapports avec W, y compris sur ses rapports intimes avec lui et sur leurs activités criminelles conjointes, il était raisonnable de présumer que ses communications privées seraient, ou pourraient être, utiles à l'enquête relative aux infractions énoncées dans l'autorisation. Par conséquent, V ne pouvait être qualifiée de personne «inconnue» et la poursuite ne pouvait se fonder sur la clause omnibus pour produire en preuve les communications privées en question. Il s'agissait d'une personne «connue» au sens de la partie IV.1 du *Code* et, comme elle n'était pas désignée dans l'autorisation, ses communications privées ne pouvaient être interceptées en vertu de celle-ci.

La poursuite ne peut présenter la preuve de l'interception des communications privées de V sur le fondement qu'elles ont été faites au cours de conversations avec des personnes dont les communications étaient légalement interceptées. Le paragraphe 178.16(1) du *Code* prévoit dans les termes les plus clairs qu'une communication privée interceptée est inadmissible, à titre de preuve opposable à son auteur ou à la personne destinée à la recevoir, à moins que l'interception ne soit licite ou que son auteur ou que la personne à qui son auteur la destinait n'ait consenti à l'admission des éléments de preuve. Les communications que l'on veut voir admettre ici sont celles de V. Leur interception était illicite et V n'a pas consenti à leur admission.

Le juge Wilson: La partie IV.1 du *Code criminel* n'autorise pas par déduction nécessaire toutes les formes

Code but only those forms which represent the least intrusive way of implementing the authorization. Accordingly, if an authorization can be implemented without violation of the criminal or civil law, the authority to commit such a violation should not be read into it. Such violation is not in such a case authorized by necessary implication. The police must act in a responsible fashion and intrude upon the accused's privacy no more than is reasonably necessary in order to install the device. The manner of entry and installation is therefore relevant under s. 178.16(1)(a) of the *Code* and it is still for the courts to determine whether the particular form of entry and installation in issue was the least intrusive means that could reasonably have been employed in order to implement the authorization. Only then will it have been authorized by necessary implication and only then will it have been, in the words of s. 178.16(1)(a), "lawfully made". In this case, the police acted responsibly in connecting the device to the vehicle's battery since otherwise repeated intrusions would have been required in order to change the batteries in the device. The entry and installation was accordingly "lawfully made".

Cases Cited

By McIntyre J.

Applied: *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633; *Wiretap Reference*, [1984] 2 S.C.R. 697; **referred to:** *R. v. Comisso*, [1983] 2 S.C.R. 121; *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739; *Colet v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 2; *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145; *R. v. Lawrence*, [1988] 1 S.C.R. 619; *R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6)* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363; *R. v. Samson* (1983), 36 C.R. (3d) 126; *R. v. Crease (No. 2)* (1980), 53 C.C.C. (2d) 378; *R. v. Blacquiere* (1980), 57 C.C.C. (2d) 330; *R. v. Meidel* (1984), 11 C.C.C. (3d) 77; *Goldman v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 976.

By Wilson J.

Referred to: *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633; *Wiretap Reference*, [1984] 2 S.C.R. 697; *R. v. Ninos and Walker*, [1964] 1 C.C.C. 326; *R. v. Creaghan* (1982), 1 C.C.C. (3d) 449; *R. v. Comisso*, [1983] 2 S.C.R. 121.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 [am. 1973-74, c. 50, s. 2], ss. 178.12(1)(e) [rep. & subs. 1976-77, c. 53, s. 8], 178.13(2)(c) [*idem*, s. 9], 178.16(1)(a) [*idem*, s. 10], 386(1), (2), 387(1)(c), 618(2)(a) [rep. & subs. 1974-75-76, c. 105, s. 18].

d'entrées, mais seulement celles qui constituent la façon la moins envahissante d'exécuter l'autorisation. C'est pourquoi, si une autorisation peut être exécutée sans violation du droit criminel ni du droit civil, on ne devrait pas l'interpréter de manière à y introduire le pouvoir de commettre cette violation. Cette violation n'est pas en pareil cas autorisée par déduction nécessaire. La police doit agir de manière responsable et ne porter atteinte à la vie privée de l'accusé que dans la mesure raisonnablement nécessaire pour installer le dispositif. Le mode d'entrée et d'installation est donc pertinent en vertu de l'al. 178.16(1)a) du *Code* et il appartient toujours aux tribunaux de décider si le mode particulier d'entrée et d'installation en cause constitue la façon la moins envahissante qu'on aurait pu raisonnablement employer pour exécuter l'autorisation. Ce n'est qu'alors qu'elle est autorisée par déduction nécessaire et alors seulement qu'elle aura été, pour reprendre les termes de l'al. 178.16(1)a), «faite légalement». En l'espèce, les policiers ont agi de manière responsable en branchant le dispositif sur la batterie du véhicule puisque, autrement, des intrusions répétées auraient été nécessaires pour remplacer les batteries. L'entrée et l'installation ont donc été «faites légalement».

Jurisprudence

Citée par le juge McIntyre

Arrêts appliqués: *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633; *Renvoi sur l'écoute électronique*, [1984] 2 R.C.S. 697; **arrêts mentionnés:** *R. c. Comisso*, [1983] 2 R.C.S. 121; *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739; *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2; *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145; *R. c. Lawrence*, [1988] 1 R.C.S. 619; *R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6)* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363; *R. v. Samson* (1983), 36 C.R. (3d) 126; *R. v. Crease (No. 2)* (1980), 53 C.C.C. (2d) 378; *R. v. Blacquiere* (1980), 57 C.C.C. (2d) 330; *R. v. Meidel* (1984), 11 C.C.C. (3d) 77; *Goldman c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 976.

Citée par le juge Wilson

Arrêts mentionnés: *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633; *Renvoi sur l'écoute électronique*, [1984] 2 R.C.S. 697; *R. v. Ninos and Walker*, [1964] 1 C.C.C. 326; *R. v. Creaghan* (1982), 1 C.C.C. (3d) 449; *R. c. Comisso*, [1983] 2 R.C.S. 121.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 [mod. 1973-74, chap. 50, art. 2], art. 178.12(1)e) [abr. & rempl. 1976-77, chap. 53, art. 8], 178.13(2)c) [*idem*, art. 9], 178.16(1)a) [*idem*, art. 10], 386(1), (2), 387(1)c), 618(2)a) [abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 105, art. 18].

Authors Cited

United States. National Commission for the Review of Federal and State Laws Relating to Wiretapping and Electronic Surveillance. *Commission Studies*. Washington, 1976.

Watt, David. *Law of Electronic Surveillance in Canada*. Toronto: Carswells, 1979.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 331, 62 A.R. 64, [1985] 6 W.W.R. 289, 21 C.C.C. (3d) 68, 47 C.R. (3d) 157, allowing the Crown's appeal from the acquittals of the accused on a charge of conspiracy to commit robbery and kidnapping and ordering a new trial. Vanweenan's appeal is allowed and Chesson's appeal is dismissed.

James J. Ogle and *Alain Hepner*, for the appellants.

Earl C. Wilson, for the respondent.

The judgment of Beetz, McIntyre and Lamer JJ. was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal is taken as of right, pursuant to s. 618(2)(a) of the *Criminal Code*. The appellants were jointly charged along with several others with conspiracy to commit robbery and kidnapping. They were tried in the Court of Queen's Bench of Alberta by a judge sitting without a jury. The Crown's case was largely dependent on certain private oral and telephone communications of the appellants which were intercepted under a judicial authorization, granted on June 29, 1983. On a *voir dire*, the trial judge held that the interceptions were all unlawful under Part IV.1 of the *Code*, and excluded them from evidence. As a result, he acquitted both appellants. The Crown succeeded in an appeal to the Alberta Court of Appeal. The acquittals were unanimously overturned and a new trial was ordered. This appeal resulted.

The broad issue in this Court was whether the interceptions were obtained within the provisions of Part IV.1 of the *Criminal Code*. Concerning both appellants, the issue arises as to whether the surreptitious installation in a motor vehicle by

Doctrines citées

United States. National Commission for the Review of Federal and State Laws Relating to Wiretapping and Electronic Surveillance. *Commission Studies*. Washington, 1976.

Watt, David. *Law of Electronic Surveillance in Canada*. Toronto: Carswells, 1979.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 331, 62 A.R. 64, [1985] 6 W.W.R. 289, 21 C.C.C. (3d) 68, 47 C.R. (3d) 157, qui a accueilli l'appel de la poursuite contre les acquittements des accusés inculpés de complot pour commettre un vol qualifié et un enlèvement et qui a ordonné un nouveau procès. Le pourvoi de Vanweenan est accueilli et le pourvoi de Chesson est rejeté.

James J. Ogle et *Alain Hepner*, pour les appelants.

Earl C. Wilson, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Beetz, McIntyre et Lamer rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Il s'agit d'un pourvoi de plein droit en vertu de l'al. 618(2)a) du *Code criminel*. Les appelants ont été inculpés conjointement, avec plusieurs autres, de complot pour commettre un vol qualifié et un enlèvement. Ils ont été jugés, devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, par un juge siégeant sans jury. La preuve de la poursuite repose largement sur certaines communications privées, orales et téléphoniques, des appelants, interceptées en vertu d'une autorisation judiciaire accordée le 29 juin 1983. Au voir dire, le juge du procès a conclu que toutes les interceptions étaient illégales en vertu de la partie IV.1 du *Code* et il a écarté ces éléments de preuve. En conséquence, il a acquitté les deux appelants. La poursuite a eu gain de cause en appel devant la Cour d'appel de l'Alberta. Les acquittements ont été infirmés à l'unanimité et un nouveau procès ordonné, d'où le présent pourvoi.

On demande donc à cette Cour de déterminer si les interceptions ont été obtenues conformément aux dispositions de la partie IV.1 du *Code criminel*. La question qui se pose relativement aux deux appelants est de savoir si la police, en installant

police of a listening device, connected to the battery of the motor vehicle, constitutes an unlawful interception. With respect to Vanweenan alone, further issues arise as to whether she is a person whose private communications were within the contemplation of the authorization, and whether her private communications were admissible in view of the fact that they were made to persons whose communications were lawfully intercepted under the authorization. A third issue was raised by Vanweenan relating to the reach of the authorization which it was not necessary to decide.

Facts

In December, 1982, one Neil Whiteman became engaged in a plan to rob a Calgary supermarket. He obtained from an employee of the store, who later gave evidence for the Crown at his trial, information as to the layout and operation of the store, including the location of the safe, and the name and identity of the head cashier who had a key to the safe. The plan was that the head cashier would be kidnapped in the store's parking lot in the evening after store-closing. She would then be forced to re-enter the store and open the safe. On December 19, 1982, the head cashier on opening her car door saw a masked man hiding in the back seat of her car. She slammed the door shut and ran in one direction. The masked man ran in another direction and the store remained secure. No arrests were made.

In June, 1983, the police were investigating Whiteman and others, not including the appellants, concerning several property offences not connected with charges in the case at bar. For this purpose on June 29, 1983, they applied for and were granted by Waite J., of the Court of Queen's Bench of Alberta, a judicial authorization, valid for 60 days, which empowered designated persons to intercept telecommunications and oral communications as set out in the authorization:

... and for such purpose to install, monitor, or remove any electromagnetic, acoustic, mechanical or other

clandestinement dans un véhicule automobile un appareil d'écoute branché sur la batterie de ce véhicule, a effectué une interception illégale. Pour ce qui est de Vanweenan uniquement, d'autres questions se posent: s'agit-il d'une personne dont les communications privées étaient visées par l'autorisation et ces dernières étaient-elles admissibles vu qu'elles ont été faites à des personnes dont les communications ont été légalement interceptées en vertu de l'autorisation? Vanweenan a également soulevé une troisième question concernant la portée de l'autorisation, à laquelle il n'est pas nécessaire de répondre.

c Les faits

En décembre 1982, un nommé Neil Whiteman a participé à un projet de cambriolage d'un supermarché de Calgary. Il avait obtenu d'un employé du magasin, ultérieurement témoin à charge à son procès, des informations sur l'aménagement et le fonctionnement du magasin, y compris l'emplacement du coffre et le nom et l'identité de la caissière en chef, qui possédait une clé du coffre. Le plan prévoyait l'enlèvement de la caissière en chef dans le stationnement du magasin, le soir, après la fermeture. On devait alors la ramener de force dans le magasin et l'obliger à ouvrir le coffre. Le 19 décembre 1982, la caissière en chef aperçoit un homme masqué caché sur la banquette arrière en ouvrant la portière de sa voiture. Elle claque la portière et se sauve en courant. L'homme masqué fuit lui aussi, dans une autre direction, et le magasin n'est pas cambriolé. On n'a procédé à aucune arrestation.

En juin 1983, une enquête policière était ouverte sur les agissements de Whiteman et d'autres personnes, mais non les appelants, concernant plusieurs infractions relatives à la propriété n'ayant aucun rapport avec les accusations portées en l'espèce. À cette fin, le 29 juin 1983, les policiers ont obtenu du juge Waite de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta une autorisation judiciaire valide pour 60 jours et permettant aux personnes désignées d'intercepter des télécommunications et des communications orales, comme l'indique l'autorisation:

[TRADUCTION] ... et, à cette fin, à installer, à contrôler ou à enlever tout dispositif électromagnétique, acousti-

device including where necessary, entering those places set out in Paragraphs 3 and 4 herein that may be required to implement this Authorization.

Paragraph 3 named four known persons whose communications could be intercepted and four addresses in Calgary where the interceptions could be made. Neither of the appellants was named in the authorization. Paragraphs 3 and 4 also authorized the police to intercept private communications of the four named individuals, as well as those of unknown persons:

... at any other place, stationary or mobile, in the Province of Alberta, that the known persons are using or attending or can be reasonably expected to use or attend.

The offences in respect of which the authorization permitted the interceptions were theft, conspiracy to commit theft, possession of stolen property, conspiracy to possess stolen property, breaking and entering, and conspiracy to break and enter.

The Crown's position was that as a result of its investigation and surveillance evidence had been revealed that Whiteman, the two appellants, and two other individuals had revived the plan to rob the supermarket by kidnapping the cashier and forcing her to open the safe. The Crown claimed that Whiteman and his girlfriend, the appellant Vanweenan, in pursuit of this scheme placed the head cashier under surveillance by following her in Whiteman's truck. While Whiteman and Vanweenan were following and observing the cashier, the police were following and observing Whiteman and Vanweenan. To further the investigation relating to the robbery of the supermarket, the police concluded that they might procure evidence by placing a listening device in Whiteman's truck. On July 7, 1983, acting under the authorization which had been granted earlier, the police were able to place surreptitiously a short-range listening device in Whiteman's truck. It was wired to the truck's battery which provided power for its transmitter.

que, mécanique ou autre, y compris, au besoin, à s'introduire dans les lieux énumérés aux paragraphes 3 et 4 des présentes lorsque l'exécution de la présente autorisation le requiert.

^a Le paragraphe 3 désigne quatre personnes connues dont les communications pouvaient être interceptées et indique quatre adresses, à Calgary, où les interceptions pouvaient être faites. Aucun des appelants n'est nommé dans l'autorisation. Les paragraphes 3 et 4 autorisent aussi la police à intercepter les communications privées des quatre individus désignés ainsi que celles de personnes inconnues:

^b [TRADUCTION] ... en tout autre lieu, fixe ou mobile, dans la province de l'Alberta, que ces personnes connues utilisent ou fréquentent ou dont on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elles les utilisent ou les fréquentent.

^c Les infractions pour lesquelles l'autorisation permet les interceptions sont le vol, le complot pour commettre un vol, la possession de biens volés, le complot pour possession de biens volés, l'introduction par effraction et le complot pour introduction par effraction.

^d La poursuite a adopté comme position que son enquête et ses filatures avaient permis de réunir des éléments de preuve indiquant que Whiteman, les deux appelants et deux autres individus avaient repris le projet de cambriolage du supermarché, qui consistait à enlever la caissière et à la forcer à ouvrir le coffre. La poursuite a prétendu qu'à cette fin Whiteman et sa petite amie, l'appelante Vanweenan, ont filé la caissière en chef à bord du camion de Whiteman. Alors que Whiteman et Vanweenan filaient la caissière, la police les avaient pris eux-mêmes en filature. Pour pousser plus loin l'enquête sur le cambriolage du supermarché, la police a conclu qu'elle pourrait réunir des preuves en plaçant un dispositif d'écoute dans le camion de Whiteman. Le 7 juillet 1983, agissant sur le fondement de l'autorisation accordée antérieurement, la police parvenait à placer clandestinement un dispositif d'écoute de courte portée dans le camion de Whiteman. Il était branché sur la batterie du camion qui fournissait l'électricité à son émetteur.

At trial, the technician who installed the device in the truck said that although the device drew power from the battery, it had no negative effect upon the battery because once the vehicle started it would recharge and restore any lost power. He acknowledged that in theory the device could drain all power from the battery, rendering it wholly inoperative, but this would occur only if it were left in the vehicle and the vehicle itself was not started for thirty consecutive days. It was not disputed that in this case the device caused no injury to vehicle or battery.

Surveillance was maintained until the end of July 1983 when the plan to rob the supermarket was again abandoned. The various parties to these events were arrested, including the two appellants who pleaded not guilty and proceeded to trial.

The intercepted private communications, which were tendered as evidence by the Crown, include (a) conversations between Vanweenan, who was not named in the authorization, and Neil Whiteman, who was named; (b) a conversation between Vanweenan and Ted Christianou, neither of whom was named in the authorization; (c) a conversation between Vanweenan, Chesson and Whiteman; and (d) conversations between Chesson and an unidentified person in the truck.

Judgments

The trial judge at the conclusion of a *voir dire* on the question of the admissibility of the interceptions held that none of the intercepted communications of the appellants were receivable in evidence. He was of the view that the surreptitious entry into Whiteman's vehicle to plant the listening device constituted a trespass and a criminal mischief under s. 387(1)(c) of the *Criminal Code* (interfering with the lawful use of property). He concluded that all interceptions made from the truck, which included all those sought to be tendered against Chesson and some of those against Vanweenan, were unlawfully made and therefore inadmissible under s. 178.16 of the *Code*. He also concluded

Au procès, le technicien qui a placé le dispositif dans le camion a déclaré qu'effectivement le dispositif tirait de l'électricité de la batterie, mais que cela n'avait eu aucun effet négatif sur celle-ci puisqu'une fois le véhicule en marche elle se rechargeait et que la puissance perdue se renouvelait. Il a reconnu qu'en théorie le dispositif pouvait décharger complètement la batterie, la rendant totalement inopérante, mais que cela ne se produirait que si le dispositif restait dans le véhicule et que le véhicule lui-même n'était pas mis en marche pendant trente jours consécutifs. Il n'est pas contesté qu'en l'espèce le dispositif n'a causé aucun dommage, ni au véhicule ni à la batterie.

La surveillance a pris fin en juillet 1983 lorsque le projet de cambriolage du supermarché a été à nouveau abandonné. Les divers participants à ces événements ont été arrêtés, y compris les deux appelants, qui ont plaidé non coupables et ont subi leur procès.

Les communications privées interceptées, produites à titre de preuve par le ministère public, comprennent: a) des conversations de Vanweenan, qui n'est pas nommée dans l'autorisation, avec Neil Whiteman, qui y est nommé; b) une conversation de Vanweenan avec Ted Christianou, ni l'un ni l'autre n'étant nommés dans l'autorisation; c) une conversation de Vanweenan avec Chesson et Whiteman; et d) des conversations de Chesson avec une autre personne, non identifiée, dans le camion.

Les jugements

À la fin du *voir dire* sur la question de l'admissibilité des interceptions, le juge du procès a conclu qu'aucune des communications interceptées des appelants n'était admissible. À son avis, les intrusions clandestines dans le véhicule de Whiteman pour y placer le dispositif d'écoute constituaient une intrusion illicite et un méfait criminel en vertu de l'al. 387(1)c) du *Code criminel* (gêner l'emploi légitime d'un bien). Il a conclu que toutes les interceptions faites à partir du camion, qui comprennent toutes celles opposées à Chesson et certaines de celles opposées à Vanweenan, ont été faites illégalement et sont par conséquent inadmissibles en vertu de l'art. 178.16 du *Code*. Il a aussi

that all of the communications of the appellant Vanweenan were inadmissible because they were not caught by the authorization. She was not named in the authorization, therefore her communications could be lawfully intercepted only if she was an "unknown" person within the terms of the basket clause. She could only be an unknown person if she was not a "known" person within Part IV.1 of the *Code*, a known person being one "the interception of whose private communications there are reasonable and probable grounds to believe may assist the investigation of the offence" (s. 178.12(1)(e)). At the time they applied for the authorization, the police knew Vanweenan was Whiteman's girlfriend and that they had been associated together in criminal activities in the past. The trial judge also noted that on the *voir dire* the police investigator managing the case admitted that from the total knowledge the police had about Vanweenan's relationship with Whiteman, it was reasonable to believe that she would be able to assist in the investigation of the property offences covered by the authorization. He therefore concluded that Vanweenan was a known person as defined in Part IV.1 of the *Code* and, not being named in the authorization, her intercepted communications were not admissible.

In the Court of Appeal, Laycraft C.J.A. delivered the unanimous judgment of the court (Laycraft C.J.A., Belzil J.A. and McBain J. (*ad hoc*)). The Crown's appeal was allowed and a new trial ordered. As to the interceptions made by the planting of the listening device in Whiteman's vehicle, he observed that in view of this Court's judgment in *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633, and the *Wiretap Reference*, [1984] 2 S.C.R. 697, decisions rendered after that of the trial judge in this case, it was settled that authorizations giving the police express power to enter surreptitiously upon private premises for the purpose of installing listening devices were authorized under Part IV.1 of the *Code*. He also rejected the argument that *Lyons* was distinguishable on the basis that the listening device drew on the vehicle battery and, in theory, would damage or destroy it. This fact, it

conclu que toutes les communications de l'appellante Vanweenan sont inadmissibles, parce qu'elles ne sont pas visées par l'autorisation. Elle n'est pas nommée dans l'autorisation, par conséquent ses communications ne pouvaient être légalement interceptées que s'il s'agissait d'une personne «inconnue» au sens de la clause omnibus. Elle ne pouvait être une personne inconnue que si elle n'était pas une personne «connue» au sens de la partie IV.1 du *Code*, une personne connue étant celle dont «les communications privées devraient être interceptées du fait qu'on a des motifs raisonnables et probables de croire que cette interception pourra être utile à l'enquête relative à l'infraction» (al. 178.12(1)e)). Au moment où ils ont demandé l'autorisation, les policiers savaient que Vanweenan était la petite amie de Whiteman et qu'ils avaient déjà participé ensemble à des activités criminelles. Le juge du procès a aussi constaté qu'au cours du voir dire l'inspecteur de police responsable de l'affaire avait admis que, de l'ensemble des informations dont disposait la police au sujet des rapports de Vanweenan avec Whiteman, il était raisonnable de penser qu'elle pourrait être utile à l'enquête sur les infractions relatives aux biens visées par l'autorisation. Il a par conséquent conclu que Vanweenan était une personne connue au sens de la partie IV.1 du *Code* et que, n'étant pas nommée dans l'autorisation, ses communications interceptées n'étaient pas admissibles.

En Cour d'appel de l'Alberta, le juge en chef Laycraft a rendu le jugement unanime de la Cour composée également des juges Belzil et McBain (*ad hoc*). L'appel de la poursuite a été accueilli et un nouveau procès ordonné. Quant aux interceptions faites grâce à l'installation d'un dispositif d'écoute dans le véhicule de Whiteman, il a fait observer qu'en raison de l'arrêt de cette Cour *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633, et du *Renvoi sur l'écoute électronique*, [1984] 2 R.C.S. 697, décisions postérieures à celle du juge du procès en l'espèce, il est maintenant établi que les autorisations conférant à la police un pouvoir exprès d'entrée clandestine dans des lieux privés, afin d'y installer des dispositifs d'écoute, sont permises en vertu de la partie IV.1 du *Code*. Il a aussi rejeté l'argument selon lequel l'arrêt *Lyons* peut être distingué d'avec l'espèce parce que le disposi-

had been argued, made the interceptions unlawful as resulting from criminal mischief, under s. 387(1) of the *Code*. In rejecting this argument, the Court of Appeal expressed the view that "wilfully" in s. 387(1) of the *Code* was defined in s. 386(1) as the doing of an act which will probably produce the prohibited result, whereas in this instance damage or destruction of the battery was only a possibility. Damage to or destruction of the battery would only result, according to the evidence, if the truck were unused for thirty days. The police would not have planted the device in such case since their object would have been frustrated. They planted the device only in the expectation and virtual certainty that the vehicle would be kept in use. They, therefore, never contemplated any injury to the battery. This determined the issue against Chesson.

As to whether Vanweenan was a known person, Laycraft C.J.A. considered that the question to be determined was not one of her guilt or innocence of the crimes being investigated or her participation in them. Rather, the relevant question for determination was whether or not she was a person whose communications might assist in the investigation of the offence. The judgment of the court is now reported at (1985), 47 C.R. (3d) 157. He said, at p. 165:

The question here was not whether Vanweenan might be a party to the offences named in the authorization. Rather the question was whether the interception of her private communications might assist the investigation.

In my opinion the bare facts known did not constitute reasonable and probable grounds for the belief that the interception of Vanweenan's private communications might assist the investigation. That she was Whiteman's girlfriend did not provide any reasonable and probable ground to believe he would tell her of the offences under investigation or, further, that she would tell someone else. The additional factor of her previous involvement with him in drug offences does not add sufficient additional grounds. Authorizations are not to be granted indiscriminately on the basis merely of past association in different criminal activity or merely because of a social or marital relationship. In my opinion an authorization could not have been granted naming Vanweenan

tif d'écoute était branché sur la batterie du véhicule et qu'en théorie il pouvait l'endommager ou la détruire. Ce fait, a-t-on soutenu, rendait les interceptions illégales parce qu'elles résultaient d'un méfait criminel au sens du par. 387(1) du *Code*. En rejetant cet argument, la Cour d'appel se dit d'avis que le terme «volontairement» du par. 387(1) du *Code* est défini au par. 386(1) comme l'accomplissement d'un acte qui causera probablement la production du résultat interdit, alors qu'en l'espèce le dommage à la batterie ou sa destruction n'était qu'une possibilité. Selon la preuve, la batterie ne pouvait être endommagée ou détruite que si le camion était inutilisé pendant trente jours. Les policiers n'auraient pas placé le dispositif dans ce cas puisque qu'ils n'auraient pas atteint leur objectif. Ils avaient placé le dispositif parce qu'ils étaient quasiment sûr que le véhicule serait utilisé. Ils n'avaient donc jamais envisagé de dommage à la batterie. Cela réglait le cas de Chesson.

Quant à savoir si Vanweenan était une personne connue, le juge en chef Laycraft estime que la question qui se pose n'est pas celle de sa culpabilité ou de son innocence des crimes qui faisaient l'objet de l'enquête, ni de sa participation à ceux-ci. Plutôt, la véritable question qui se pose est de savoir s'il s'agissait d'une personne dont les communications pouvaient être utiles à l'enquête relative à l'infraction. Cet arrêt est maintenant publié: (1985), 47 C.R. (3d) 157. Il dit, à la p. 165:

[TRADUCTION] La question ici n'est pas de savoir si Vanweenan pouvait être partie aux infractions visées par l'autorisation. La question est plutôt de savoir si l'interception de ses communications privées pouvait être utile à l'enquête.

À mon avis, les faits connus en eux-mêmes ne constituent pas un motif raisonnable et probable de croire que l'interception des communications privées de Vanweenan pouvait être utile à l'enquête. Qu'elle ait été la petite amie de Whiteman n'était aucunement un motif raisonnable et probable de croire qu'il lui parlerait des infractions qui faisaient l'objet de l'enquête ou, encore, qu'elle le dirait à quelqu'un d'autre. Le facteur additionnel d'avoir été mêlé auparavant avec lui à des infractions en matière de drogue n'ajoute pas de motifs supplémentaires suffisants. Les autorisations ne doivent pas être accordées de façon routinière, en raison simplement d'une participation antérieure à une activité criminelle différente ou simplement en raison de rapports sociaux

as a subject of interceptions on the basis of the two facts known. She was not, therefore, a "known" person within the meaning of s. 178.12(1)(e) of the Criminal Code.

He went on and, after reviewing several of the authorities, concluded that even if Vanweenan were a "known" person, within the meaning of Part IV.1 of the *Code*, her communications were validly intercepted under the basket clause in the authorization. He expressed the view that whether a person is known or unknown, his communications may be lawfully intercepted under an appropriately worded basket clause. He therefore concluded that the basket clause authorized the interception of the communications of Vanweenan and Whiteman and Vanweenan and Christianou.

In this Court, the appellant Chesson advanced only one ground upon which he sought to have his appeal allowed and his acquittal restored. It was expressed in these words in his factum:

The Court of Appeal erred in law in holding that the placing of an acoustic device by police in a car, which device depended for its power source on the car battery, did not in law constitute an offence contrary to s. 387 of the *Criminal Code*.

The appellant Vanweenan advanced four grounds of appeal in her factum, one of which was a reiteration of the ground advanced by Chesson, and the three others may be conveniently expressed in two propositions. Firstly, it was contended on her behalf that it was error on the part of the Court of Appeal to overrule the finding of the trial judge that she was a "known" person at the time of the application for and the granting of the authorization; secondly, it was error to hold that whether or not she was a known person, her communications were lawfully intercepted under the basket clause, or were admissible because they were communications with a person named as a "known" person or otherwise authorized in the authorization.

The approach to the admissibility of evidence in wiretap cases rarely depends upon questions of relevance or probative value or any of the other considerations which arise from time to time with

ou conjugaux. À mon avis, une autorisation désignant Vanweenan comme sujet d'écoute n'aurait pu être accordée en raison des deux faits connus. Elle n'était pas, par conséquent, une personne «connue» au sens de l'al. 178.12(1)e) du Code criminel.

Poursuivant, après avoir passé en revue plusieurs précédents, il conclut que même si Vanweenan était «connue», au sens de la partie IV.1 du *Code*, ses communications avaient été validement interceptées en vertu de la clause omnibus de l'autorisation. À son avis, qu'une personne soit connue ou inconnue, ses communications peuvent être légalement interceptées en vertu d'une clause omnibus adéquatement formulée. Il conclut par conséquent que la clause omnibus autorisait l'interception des communications de Vanweenan avec Whiteman et de Vanweenan avec Christianou.

Devant cette Cour, l'appelant Chesson ne fait valoir qu'un seul moyen pour faire accueillir son pourvoi et rétablir son acquittement. Il est exprimé en ces termes dans son mémoire:

[TRADUCTION] La Cour d'appel a commis une erreur de droit en concluant que l'installation d'un dispositif acoustique par la police dans une voiture, dispositif alimenté en électricité par la batterie de la voiture, ne constituait pas en droit une infraction à l'art. 387 du *Code criminel*.

L'appelante Vanweenan fait valoir quatre moyens d'appel dans son mémoire, le premier étant la réitération du moyen plaidé par Chesson, les trois autres pouvant être simplement exprimés en deux propositions: premièrement, on soutient en son nom que la Cour d'appel a commis une erreur en infirmant la conclusion du juge du procès portant qu'elle était une personne «connue» au moment de la demande et de l'octroi de l'autorisation; en second lieu, il était erroné de conclure que, qu'elle soit connue ou non, ses communications avaient été légalement interceptées en vertu de la clause omnibus ou qu'elles étaient admissibles parce qu'il s'agissait de communications avec une personne qualifiée de «connue» ou par ailleurs visée par l'autorisation.

La question de l'admissibilité d'une preuve dans les affaires d'écoute électronique dépend rarement de la pertinence, de la valeur probante ou des autres considérations souvent rencontrées en

evidentiary problems. The question in each case is, subject to limited exceptions not relevant here, simply one of legality and it is limited to whether the provisions of Part IV.1 of the *Criminal Code* have been complied with. As succinctly stated by Dickson J. (as he then was), in *Lyons, supra*, in a dissenting judgment but not on this point, at p. 640:

For purposes of Part IV.1, therefore, not only is the manner in which evidence has been obtained relevant for its admissibility, legality has become the *sine qua non* for admissibility.

Part IV.1 gives statutory force to this principle in s. 178.16(1)(a). It follows, then, that in this case, like the great majority of wiretap cases, the issue of the admissibility of evidence will begin and end with, the question whether the evidence was obtained by the police in compliance with the provisions of Part IV.1 of the *Code*.

It should be observed by way of introduction that the appellants do not contest the validity of the authorization; they challenge powers conferred by the authorization and the fact that the order itself authorizes the interception of any communications of Vanweenan. Moreover, the fact that the evidence relating to the alleged conspiracy to kidnap the cashier and rob the supermarket was procured under an authorization which did not mention these offences does not invalidate the interceptions: see *R. v. Commisso*, [1983] 2 S.C.R. 121. Where, as in this case, the police obtain an authorization in good faith and in a *bona fide* investigation of the offences listed in the authorization they obtain evidence pertaining to other offences, the fortuitous interception is not rendered unlawful. As noted by Lamer J. in *Commisso*, any other rule would run counter to the purposes of Part IV.1; it is the privacy of those intercepted and not the subject-matter of conversations that is protected by Part IV.1 of the *Criminal Code*. It is to be noted, as well, that the Court's decision in *Lyons, supra*, and the *Wiretap Reference, supra*, make it clear that where there is a surreptitious entry by the police on premises in order to install listening devices which depend for their operation upon such entry, interceptions so obtained are

matière de preuve. La question dans chaque cas est, sous réserve d'exceptions limitées qui ne sont pas en cause ici, simplement une question de légalité et elle se limite à rechercher si les dispositions de la partie IV.1 du *Code criminel* ont été respectées. Comme l'a succinctement exposé le juge Dickson (alors juge puîné), dans son opinion, dissident sur un point différent, dans l'affaire *Lyons*, précitée, à la p. 640:

Aux fins de la partie IV.1 par conséquent, la manière d'obtenir la preuve est non seulement pertinente relativement à la question de l'admissibilité, mais la légalité est la condition *sine qua non* de l'admissibilité.

La partie IV.1 donne force légale à ce principe à l'al. 178.16(1)a). Il s'ensuit donc qu'en l'espèce, comme dans la grande majorité des affaires d'écoute électronique, la question de l'admissibilité d'une preuve commence et finit par la question de savoir si la preuve obtenue par la police l'a été en conformité avec les dispositions de la partie IV.1 du *Code*.

Il faut observer au départ que les appelants n'ont pas contesté la validité de l'autorisation; ils contestent les pouvoirs conférés par l'autorisation et le fait que l'ordonnance même autoriserait l'interception des communications de Vanweenan. De plus, le fait que la preuve relative au complot allégué, soit l'enlèvement de la caissière et le cambriolage du supermarché, ait été rassemblée en vertu d'une autorisation qui ne mentionne pas ces infractions, n'invalide pas les interceptions: voir *R. c. Commisso*, [1983] 2 R.C.S. 121. Lorsque, comme en l'espèce, les policiers obtiennent une autorisation de bonne foi et qu'au cours d'une enquête réelle relative aux infractions énumérées dans l'autorisation ils réunissent des preuves concernant d'autres infractions, l'interception fortuite n'est pas rendue illégale. Comme le note le juge Lamer dans l'arrêt *Commisso*, toute autre règle serait contraire au but recherché par la partie IV.1; c'est l'intimité de ceux qui sont écoutés et non l'objet des conversations que protège la partie IV.1 du *Code criminel*. On constatera aussi que la décision de cette Cour dans l'affaire *Lyons*, précitée, et le *Renvoi sur l'écoute électronique*, précité, établissent clairement que, lorsque la police entre clandestinement dans des lieux pour y installer des dispositifs d'écoute dont le fonctionnement dépend

lawful in the absence of a prohibition in the authorization. It was pointed out by Estey J. in *Lyons* that Part IV.1 of the *Code* contemplates, requires and authorizes "by necessary implication and unavoidable inference" such entry upon private property where, as here, the equipment authorized to be used requires such entry for its effective operation.

Truck Interception by Use of Vehicle Battery

As earlier mentioned, the police, acting under the authorization, surreptitiously installed a listening device in Whiteman's truck which drew its power from the truck's battery. The *Lyons* case, *supra*, and the *Wiretap Reference, supra*, in my view clearly dispose of the question of entry. As noted above, it was there established that a covert or a surreptitious entry into private property for the purpose of installing an authorized listening device as an incident to the execution of a valid authorization is a power contemplated "by necessary implication and unavoidable inference" in Part IV.1 of the *Code*. Therefore, despite the fact that the entry might otherwise amount to unlawful conduct, the interception would be lawful under s. 178.16(1)(a) as having been authorized by Parliament. If the interception conforms with the authorization and it is carried out within the powers given in Part IV.1, the interception has been lawfully made. The critical issue in any case where police power is questioned is whether lawful authority exists for it: *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739; *Colet v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 2, and *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145. It follows, then, that the real issue here is not, as asserted by the appellants, whether the conduct amounts to criminal mischief but is simply whether the police action in installing the listening device in the truck falls within the authority conferred by Part IV.1 of the *Criminal Code*. In the face of the decisions in *Lyons* and the *Wiretap Reference*, there can be only one answer as far as the actual entry and installation goes. It was clearly lawful.

The real point of argument raised by the appellants in respect of the interception, however, is that

de l'entrée, les interceptions obtenues sont licites en l'absence d'interdiction dans l'autorisation. Le juge Estey fait observer dans l'arrêt *Lyons* que la partie IV.1 du *Code* envisage, exige et autorise «par déduction nécessaire» ce genre d'entrée sur la propriété privée lorsque, comme en l'espèce, le matériel dont l'utilisation est autorisée l'exige pour fonctionner efficacement.

b. L'interception dans le camion par branchement sur sa batterie

Comme je l'ai dit précédemment, la police, agissant sur le fondement de l'autorisation, a installé clandestinement un dispositif d'écoute dans le camion de Whiteman, alimenté en électricité par la batterie du camion. L'arrêt *Lyons*, précité, et le *Renvoi sur l'écoute électronique*, précité, règlent à mon avis clairement la question de l'entrée. Comme je l'ai noté auparavant, il a alors été établi qu'une entrée clandestine ou subreptice sur une propriété privée, dans le but d'y installer un dispositif d'écoute autorisé, au cours de l'exécution d'une autorisation valide, est un pouvoir prévu «par déduction nécessaire» à la partie IV.1 du *Code*. Donc, malgré que l'entrée puisse par ailleurs constituer un acte illégal, l'interception est licite en vertu de l'al. 178.16(1)a), parce qu'elle est autorisée par le législateur. Si l'interception est conforme à l'autorisation et est exécutée conformément aux pouvoirs conférés par la partie IV.1, elle a été faite licitement. Le point décisif dans toute affaire où le pouvoir de la police est mis en cause est de savoir s'il découle d'une autorité légale: voir les arrêts *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739, *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2, et *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145. Il s'ensuit, par conséquent, que la véritable question qui se pose ici n'est pas, comme le soutiennent les appelants, de déterminer si ce comportement constitue un méfait criminel, mais simplement si l'installation par la police d'un dispositif d'écoute dans le camion relève de l'autorité conférée par la partie IV.1 du *Code criminel*. Vu les décisions dans l'arrêt *Lyons* et le *Renvoi sur l'écoute électronique*, il ne peut y avoir qu'une seule réponse en ce qui concerne l'entrée même et l'installation. Elles étaient clairement licites.

Toutefois, ce que l'allégation des appelants au sujet de l'interception fait réellement valoir est que

the use of a device connected to and draining the truck's battery was not authorized and is unlawful. In my view, this argument must be rejected. Estey J. in *Lyons* pointed out that Part IV.1 authorizes the use of all manner of interception devices, acoustic, mechanical, electromagnetic, and others. Radio transmitters are among the most commonly used and well-known interception devices. They clearly come within the contemplation of Part IV.1 of the *Criminal Code*. Radio transmitters which rely for power on a source within the invaded premises—because they do not require replacement of batteries and the repeated intrusions this process would require—are favoured by the police. These devices have long existed and are frequently used: see *Studies for the National Commission for the Review of Federal and State Laws Relating to Wiretapping and Electronic Surveillance* (1976), at pp. 174 and 204, and Watt, *Law of Electronic Surveillance in Canada* (1979), at p. 183. The existence of these devices, depending for their operation on an external power source such as an electrical socket or a car battery, were undoubtedly known to Parliament in the long process of review and consideration which led to the enactment of Part IV.1 of the *Code*. If Parliament had desired to exclude such devices from police use, it could have readily done so. Parliament did not do so. Rather, in Part IV.1 it authorized the use, subject to judicial control, of all manner of devices capable of intercepting private communications. I see no basis on which this Court would be justified in carving out an exception from the general provisions of the *Code* which would forbid the use of this type of device. I would support this view by reference to the words of Estey J. in *Lyons*, at pp. 663-64:

Part IV.1 contemplates at least three fundamental processes or devices which may be employed in the interception of a private communication: electromagnetic (radio, telephone and optical), acoustic and mechanical devices. There is no particular provision relating to each of these special types or forms of communication. All are embraced in the same general provisions. It is therefore clear that Parliament, in Part IV.1, is legislating with reference to the employment of any equipment or procedure relating to the electromagnetic spectrum (ranging as it does through the spectrum from radio

l'utilisation d'un dispositif relié à la batterie du camion et qui en draine l'électricité n'était pas autorisée et était illicite. À mon avis, cet argument doit être rejeté. Dans l'arrêt *Lyons*, le juge Estey fait observer que la partie IV.1 autorise l'emploi de toute sorte de dispositifs d'écoute: acoustiques, mécaniques, électromagnétiques, etc. Les radios émetteurs sont parmi les dispositifs d'écoute les plus communément utilisés et connus. Ils sont manifestement visés par la partie IV.1 du *Code criminel*. Les radios émetteurs tributaires d'une source d'électricité sur les lieux de l'intrusion — ce qui évite le remplacement des batteries et les intrusions répétées que cela entraîne — ont la préférence de la police. Ces dispositifs existent depuis longtemps et sont fréquemment utilisés: voir *Studies for the National Commission for the Review of Federal and State Laws Relating to Wiretapping and Electronic Surveillance* (1976), aux pp. 174 et 204, et Watt, *Law of Electronic Surveillance in Canada* (1979), à la p. 183. Au cours du long processus d'examen et de réflexion qui a précédé l'adoption de la partie IV.1 du *Code*, le législateur a sans aucun doute eu connaissance de l'existence de ces dispositifs, qui se branchent sur une source externe d'électricité, comme une prise de courant ou une batterie de voiture. Si le législateur avait voulu interdire à la police l'usage de ces dispositifs, il aurait pu facilement le faire. Il ne l'a pas fait. De fait, à la partie IV.1, il autorise l'usage, sous réserve de contrôle judiciaire, de tous les genres de dispositifs en mesure d'intercepter les communications privées. Je ne vois aucun fondement justifiant que la Cour introduise une exception dans les dispositions générales du *Code* interdisant l'emploi de ce genre de dispositif. Pour fonder cette opinion, je me référerais aux propos du juge Estey dans l'arrêt *Lyons*, aux pp. 663 et 664:

La partie IV.1 envisage au moins trois méthodes ou dispositifs principaux qui peuvent être utilisés pour intercepter une communication privée: les dispositifs électromagnétiques (radioélectriques, téléphoniques ou optiques), acoustiques et mécaniques. Il n'y a pas de disposition spéciale relative à chacune de ces formes particulières de communication. Elles sont toutes visées par les mêmes dispositions générales. Il est donc manifeste que, dans la partie IV.1, le Parlement légifère à l'égard de l'utilisation de tout matériel ou de toute méthode faisant appel au spectre électromagnétique

waves to light waves), the acoustic vibrations above or below and including the range of the human ear, and to mechanical devices, for the purpose of intercepting oral (and other) communication occurring anywhere.

In my opinion, the “clear and irresistible implication” to be drawn from Part IV.1 of the *Code* is that devices, such as the one used in this case, are not excluded from the range of interception devices authorized by the *Code*.

The remaining question with respect to the interception in Whiteman’s truck is whether the authorization in this case permitted the use of the device employed. In my view, there can be no doubt it did. The opening passage is in these terms:

IT IS ORDERED that any person who has been designated pursuant to Section 178.13(2.1) of the Criminal Code and any other person acting in aid of a designated person, are hereby authorized to intercept private communications as hereinafter set out, and for such purpose to install, monitor, or remove any electromagnetic, acoustic, mechanical or other device including, where necessary, entering those places set out in Paragraphs 3 and 4 herein that may be required to implement this Authorization.

Clause 5 of the authorization provides:

The manner of interception of the private communications of the known and unknown persons is to listen to and/or to record the private communications by use of an electromagnetic, acoustic, mechanical or other device or apparatus that is capable of being used to intercept a private communication.

These clauses impose no limitation on the type of device to be used. The use by the police of this device, then, is authorized under the authorization. It may be noted, as well, that in *R. v. Lawrence*, [1988] 1 S.C.R. 619, this Court held that a clause authorizing the police to use in their discretion “any electromagnetic, acoustic, mechanical or other device” contemplated by Part IV.1 of the *Code* is sufficient to conform with the requirement in s. 178.13(2)(c) that an authorization “generally describe the manner of interception that may be used”. The interceptions by the device installed in Whiteman’s truck were lawfully made. Since this

(lequel s’étend des ondes radio jusqu’aux ondes lumineuses), aux vibrations acoustiques à basse ou à haute fréquence, y compris celles que peut saisir l’oreille humaine, et à des dispositifs mécaniques, en vue d’intercepter une communication orale (ou autre) dans un endroit quelconque.

À mon avis, la partie IV.1 du *Code* «entraîne[. . .] forcément par déduction nécessaire» que les dispositifs comme celui employé en l’espèce ne sont pas exclus du champ des dispositifs d’interception autorisés par le *Code*.

La dernière question que pose l’interception dans le camion de Whiteman est de savoir si l’autorisation en l’espèce permettait l’utilisation du dispositif employé. À mon avis, il ne peut y avoir de doute qu’elle la permettait. Elle commence ainsi:

[TRADUCTION] IL EST ORDONNÉ que toute personne désignée conformément au paragraphe 178.13(2.1) du Code criminel et toute autre personne venant en aide à une personne désignée soient, par les présentes, autorisées à intercepter des communications privées comme ci-après exposé et, à cette fin, à installer, à contrôler ou à enlever tout dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre, y compris, au besoin, à s’introduire dans les lieux énumérés aux paragraphes 3 et 4 des présentes lorsque l’exécution de la présente autorisation le requiert.

La clause 5 de l’autorisation prévoit:

[TRADUCTION] Le mode d’interception des communications privées de personnes connues et inconnues consistera à écouter et à enregistrer les communications privées au moyen d’un dispositif ou appareil électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre, pouvant être utilisé pour intercepter une communication privée.

Ces clauses n’imposent aucune limitation quant au type de dispositif à utiliser. L’emploi par la police de ce dispositif est donc permis aux termes de l’autorisation. On notera aussi que, dans l’arrêt *R. c. Lawrence*, [1988] 1 R.C.S. 619, cette Cour a jugé qu’une clause autorisant la police à utiliser, à faculté, «tout dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre» prévu par la partie IV.1 du *Code* respecte l’al. 178.13(2)c) voulant qu’une autorisation donne «une description générale de la façon dont les communications pourront être interceptées». Les interceptions faites grâce au dispositif installé dans le camion de Whiteman étaient

was the only ground raised by the appellant Chesson, his appeal must fail and be dismissed. The additional grounds raised by Vanweenan must be considered.

Additional Grounds Advanced by Vanweenan

The essence of Vanweenan's argument may be shortly stated. She says, I am not named in the authorization. Therefore, my private communications may not be intercepted and admitted in evidence against me unless they qualify as those of an "unknown" person under the basket clause. The basket clause cannot extend to my communications because I am not an "unknown" person. In considering this argument, the provisions of Part IV.1 of the *Code* must be examined. Section 178.12(1)(e) requires *inter alia* that on an application for an authorization the deponent must by affidavit state "the names, addresses and occupations, if known, of all persons the interception of whose private communications there are reasonable and probable grounds to believe may assist the investigation of the offence". Section 178.13(2)(c) requires *inter alia* that the authorization itself shall state "the identity of the persons, if known, whose private communications are to be intercepted". The implication which the courts have drawn from the use of the words "if known" in the latter section is that an authorization may empower police to intercept communications of persons "unknown" to the police when they apply for the authorization. This proposition was established very early in the day by Zuber J.A., speaking for the Ontario Court of Appeal, in *R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6)* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363, at p. 375, where he said:

Section 178.13(2)(c) itself provides that an authorization can provide for the interception of communications of unknown persons. The fact the legislation specifically provides for this kind of authorization reinforces the argument that if the authorization does name only specific persons, the limit of the authorization must be adhered to.

(See as well Watt, *op. cit.*, at pp. 97-99.)

licites. Comme c'est là le seul moyen que soulève l'appelant Chesson, il doit être débouté de son pourvoi, lequel est rejeté. Il faut maintenant examiner les moyens additionnels soulevés par Vanweenan.

Les moyens additionnels plaidés par Vanweenan

L'essentiel de l'argument de Vanweenan peut être énoncé en peu de mots. Elle dit: je ne suis pas nommée dans l'autorisation. Par conséquent, mes communications privées ne peuvent être interceptées ni admises à titre de preuve contre moi, à moins de les qualifier de communications émanant d'une personne «inconnue» en vertu de la clause omnibus. Cette clause ne saurait s'appliquer à mes communications, puisque je ne suis pas une personne «inconnue». L'examen de cet argument commande l'étude des dispositions de la partie IV.1 du *Code*. L'alinéa 178.12(1)e requiert notamment qu'avec la demande d'autorisation le déposant indique, dans une déclaration assermentée, «les noms, adresses et professions, s'ils sont connus de toutes les personnes dont les communications privées devraient être interceptées du fait qu'on a des motifs raisonnables et probables de croire que cette interception pourra être utile à l'enquête relative à l'infraction». L'alinéa 178.13(2)c requiert notamment que l'autorisation elle-même indique, «si elle est connue, l'identité des personnes dont les communications privées doivent être interceptées». Les tribunaux ont déduit de l'emploi de l'expression «si elle est connue» dans ce dernier alinéa qu'une autorisation peut conférer à la police le pouvoir d'intercepter les communications de personnes «inconnues» des policiers au moment où ils demandent l'autorisation. Cette proposition a été établie dès le début par le juge Zuber, parlant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6)* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363, à la p. 375, où il dit:

[TRADUCTION] L'alinéa 178.13(2)c lui-même dispose qu'une autorisation peut prévoir l'interception des communications de personnes inconnues. Le fait que la loi prévoit expressément ce genre d'autorisation renforce l'argument que, si l'autorisation ne nomme que des personnes précises, les limites de l'autorisation doivent être respectées.

(Voir aussi Watt, *op. cit.*, aux pp. 97 à 99.)

A clause in an authorization, such as clause 4 in the case at bar, which authorizes the interception of private communications of unknown persons is known as a "basket" clause. It permits the interception of private communications of any person unknown to the police at the time of the application for the authorization who communicates at locations designated in the authorization: see *R. v. Samson* (1983), 36 C.R. (3d) 126 (Ont. C.A.) It is apparent then that an authorization with a basket clause may permit the interception of communications from two groups, the known and the unknown persons.

How is it to be decided whether a particular person is known or unknown for the purposes of Part IV.1 of the *Code*? In my opinion, the answer to this question is to be found in Part IV.1 itself. The starting point is s. 178.12(1)(e) of the *Code*, which sets out the two pre-conditions to be met before a person may be lawfully identified and named in an authorization and thus be a known person. The first and most obvious condition is that the existence of that person must be known to the police. Second, and equally important, however, is the additional requirement that the person satisfy the standard of being one "the interception of whose private communications there are reasonable and probable grounds to believe may assist the investigation of the offence". If at the time the police apply for a judicial authorization a person meets both these criteria, he will be a known person and therefore, if the interceptions of his communications are to be admitted against him, he must be named in the authorization as a target for interception. If he is not named his interceptions are not receivable since there is no authority to make them. A "known" person, then, for the purposes of Part IV.1 of the *Code* is one who satisfies the two criteria in s. 178.12(1)(e).

An unknown person, therefore, is a person who does not meet these conditions at the time the police apply for an authorization. Accordingly, for the Crown to rely on a basket clause to introduce interceptions of private communications in evi-

Une clause dans une autorisation, comme la clause 4 en l'espèce, qui permet l'interception des communications privées d'inconnus est appelée clause «omnibus». Elle permet l'interception des communications privées de toute personne inconnue de la police au moment de la demande d'autorisation et qui établit une communication dans les lieux visés par l'autorisation: voir *R. v. Samson* (1983), 36 C.R. (3d) 126 (C.A. Ont.) Il est évident donc qu'une autorisation comportant une clause omnibus peut permettre l'interception des communications de deux groupes de personnes, les connues et les inconnues.

Comment décider si une personne en particulier est connue ou inconnue pour les fins de la partie IV.1 du *Code*? À mon avis, la réponse à cette question se trouve dans la partie IV.1 elle-même. Le point de départ est l'al. 178.12(1)e) du *Code* qui énonce les deux conditions qui doivent être respectées avant qu'une autorisation puisse légalement identifier et nommer une personne, considérée alors comme connue. La première condition, la plus évidente, est que la police doit connaître l'existence de cette personne. En second lieu, ce qui est tout aussi important, il faut aussi que cette personne satisfasse à la norme voulant qu'il s'agisse d'une personne «dont les communications privées devraient être interceptées du fait qu'on a des motifs raisonnables et probables de croire que cette interception pourra être utile à l'enquête relative à l'infraction». Si, au moment où la police demande une autorisation judiciaire, ces deux critères sont remplis, il s'agit d'une personne connue et, par conséquent, si les interceptions de ses communications doivent être retenues contre elle, elle doit être désignée dans l'autorisation comme cible de l'interception. Si elle n'est pas mentionnée, les interceptions qui la concernent ne sont pas recevables, puisque le pouvoir pour y procéder n'existe pas. Donc, une personne «connue» pour les fins de la partie IV.1 du *Code* est une personne qui satisfait aux deux critères de l'al. 178.12(1)e).

Une personne inconnue, par conséquent, est celle qui ne répond pas à ces conditions au moment où la police demande l'autorisation. Il s'ensuit que, si la poursuite entend se fonder sur une clause omnibus pour produire des interceptions de com-

dence, they must be made by one whose existence was not known to the police at the time of the application for the authorization, or who was not at that time known to the police as one “the interception of whose private communications there are reasonable and probable grounds to believe may assist the investigation of the offence”. It is common ground that in the present case the police knew of the existence of Vanweenan when they applied for the authorization. To decide, then, whether the Crown can tender her interceptions under the basket clause, it must be determined whether she was one “the interception of whose private communications there are reasonable and probable grounds to believe may assist the investigation of the offence”. If she was, the Crown correctly concedes that it may not rely on the basket clause to tender her private communications for she does not qualify as an unknown person: see *R. v. Crease (No. 2)* (1980), 53 C.C.C. (2d) 378 (Ont. C.A.); *R. v. Blacquiere* (1980), 57 C.C.C. (2d) 330 (P.E.I.S.C.), and *R. v. Meidel* (1984), 11 C.C.C. (3d) 77 (B.C. Co. Ct.)

It was argued that the question whether a person is a “known” person in this context is a question of fact and, accordingly, it was error for the Court of Appeal to entertain the appeal, because no appeal could lie from the acquittal on a question of fact. I would agree with the Court of Appeal’s rejection of this argument where Laycraft C.J.A. said, at p. 164:

It is first urged that the finding that Vanweenan was a “known” person is a finding of fact not open to a Crown appeal by the provisions of s. 605. In my view that contention confuses the facts found with the result in law which flows from them. The facts found—the relationship between Whiteman and Vanweenan and her previous criminal activity—cannot be questioned on a Crown appeal. But whether those facts made her a “known” person within the meaning of s. 178.12(1)(e) of the Criminal Code is a question of law.

munications privées à titre de preuves, elles doivent émaner d’une personne dont la police ignorait l’existence au moment de la demande d’autorisation ou dont la police ignorait à ce moment-là qu’il s’agissait de quelqu’un «dont les communications privées devraient être interceptées du fait qu’on a des motifs raisonnables et probables de croire que cette interception pourra être utile à l’enquête relative à l’infraction». Il est admis que, lorsque les policiers ont demandé l’autorisation en l’espèce, ils connaissaient l’existence de Vanweenan. Pour décider donc si la poursuite peut produire les interceptions des communications de cette dernière en vertu de la clause omnibus, il faut établir si elle est bien une personne «dont les communications privées devraient être interceptées du fait qu’on a des motifs raisonnables et probables de croire que cette interception pourra être utile à l’enquête relative à l’infraction». Si elle l’est, la poursuite reconnaît à bon droit qu’elle ne peut se fonder sur la clause omnibus pour en produire les communications privées parce qu’elle ne peut être qualifiée de personne inconnue: voir *R. v. Crease (No. 2)* (1980), 53 C.C.C. (2d) 378 (C.A. Ont.), *R. v. Blacquiere* (1980), 57 C.C.C. (2d) 330 (C.S.Î.-P.-É.), et *R. v. Meidel* (1984), 11 C.C.C. (3d) 77 (C. cté C.-B.)

On a prétendu que la question de savoir s’il s’agissait d’une personne «connue», dans ce contexte, était une question de fait et que, par conséquent, la Cour d’appel s’était saisie à tort de l’appel, puisque aucun appel ne peut être formé contre un acquittement sur une question de fait. Je souscris au rejet de cet argument par la Cour d’appel qui dit, par la voix du juge en chef Laycraft, à la p. 164:

[TRADUCTION] On a d’abord souligné que qualifier Vanweenan de personne «connue» était une constatation de fait dont la poursuite ne pouvait interjeter appel en vertu des dispositions de l’art. 605. À mon avis, c’est là confondre les faits constatés avec le résultat qui en découle en droit. Les faits constatés—les rapports entre Whiteman et Vanweenan et son activité criminelle antérieure—ne sauraient être contestés dans un appel de la poursuite. Mais déterminer si ces faits en font une personne «connue» au sens de l’al. 178.12(1)(e) du Code criminel est une question de droit.

The determination of the question of law, however, depends upon the underlying finding of fact. The question then is: At the time of the application for the authorization did reasonable and probable grounds exist for the belief that the interception of her private communications could assist the investigation? I would disagree on this point with the Court of Appeal. It would seem to me that there can only be an affirmative answer to this question. Vanweenan was a known person and the Crown may not rely on the basket clause to introduce the interceptions of her communications. I would accept the trial judge's determination of this question. At (1984), 33 Alta. L.R. (2d) 85, at pp. 87-88, he said:

I acknowledge that the deponent on the application, Detective Mosley, may have known the defendant as merely the girlfriend of Whiteman, but the fact is that there was much more information about the defendant available to him from both the police files and other investigators who were instructing him, and as he was making his application largely on information supplied by others, it was incumbent upon them, those informing him, to fully inform him of all persons known by them, that is known in the sense contemplated by the legislation. The investigator managing the case, Detective Peterson, candidly admits that from the total knowledge the police had about Vanweenan's association with Whiteman, including her close relationship with him, her alleged criminal activities, joint criminal activities with him, it was reasonable to believe that she would be able to assist in the investigation of the offences outlined in the authorization. I do not hesitate in holding that the only way such assistance could have been obtained would have been by intercepting her private communications. She certainly wouldn't have been about to cooperate with the police and an attempt to interfere with her would have been—as the detective said it would have blown the whole cover. She was, therefore a "known" person as contemplated by the legislation.

Vanweenan and Whiteman were close associates and in the past had joined in criminal activity. She was the girlfriend of Whiteman and surveillance of the Whiteman vehicle prior to June 29 established her use of the vehicle. She had previously been involved in criminal activity with him and on June 29, 1983 Vanweenan and Whiteman were co-accused under an indictment with respect to drug offences. The police officer, Peterson, considered it

La réponse à cette question de droit dépend cependant de la constatation de fait sous-jacente. La question est donc: Au moment de la demande d'autorisation y avait-il des motifs raisonnables et probables de croire que l'interception de ses communications privées pouvait être utile à l'enquête? Sur ce point, je ne partage pas l'opinion de la Cour d'appel. Il me semble qu'il ne peut y avoir qu'une réponse affirmative à cette question. Vanweenan était connue et la poursuite ne peut se fonder sur la clause omnibus pour produire les interceptions de ses communications. Je suis d'avis de souscrire à la décision du juge du procès sur cette question. À (1984), 33 Alta. L.R. (2d) 85, aux pp. 87 et 88, il dit:

[TRADUCTION] Je conviens que le déposant dans la demande, l'inspecteur Mosley, ait pu ne connaître la défenderesse qu'à titre de petite amie de Whiteman, mais il est indéniable qu'il pouvait obtenir beaucoup d'information à son sujet à la fois dans des fiches de police et auprès des autres enquêteurs qui le dirigeait et, comme il faisait la demande en grande partie sur le fondement d'informations fournies par d'autres, il appartenait à ceux qui le renseignaient de bien l'informer de toutes les personnes qu'ils connaissaient, c'est-à-dire qu'ils connaissaient au sens de la loi. Le responsable de l'enquête, l'inspecteur Peterson, admet franchement que, de l'ensemble des informations dont disposait la police sur les rapports de Vanweenan et de Whiteman, y compris sur ses rapports intimes avec lui, sur ses activités criminelles alléguées, sur leurs activités criminelles conjointes, il était raisonnable de croire qu'elle pourrait être utile à l'enquête relative aux infractions énoncées dans l'autorisation. Je n'hésite pas à conclure que la seule façon pour elle d'être utile ne pouvait être que par l'interception de ses communications privées. Elle n'aurait certainement pas collaboré avec la police et toute tentative d'intervenir auprès d'elle aurait—comme l'a dit l'inspecteur—détruit toute la couverture. Elle était donc une personne «connue» au sens de la loi.

Vanweenan et Whiteman étaient étroitement associés et, par le passé, avaient participé ensemble à des activités criminelles. Elle était la petite amie de Whiteman et la filature du véhicule de ce dernier avant le 29 juin avait établi qu'elle l'utilisait. Elle avait antérieurement été impliquée dans des activités criminelles avec lui et, le 29 juin 1983, elle et Whiteman avaient été coaccusés en vertu d'un acte d'accusation portant sur des infrac-

reasonable to assume that her private communications would, or could, assist the investigation. All that was required to include her in the application was reasonable and probable grounds that her communications may assist. This test was met in the present case. I would therefore conclude that she was a "known" person and that the Crown may not rely on the basket clause.

May the Crown Adduce Evidence of the Interception of Vanweenan's Private Communications on the Basis that They Were Made During Conversations with Persons whose Communications Were Lawfully Intercepted?

In my view, this argument may be quickly disposed of. Section 178.16(1) provides in the clearest terms that an intercepted private communication is inadmissible as evidence against the originator thereof or the person intended to receive it, unless the interception was lawfully made or the originator of it or the person intended by the originator to receive it has consented to the admission of the evidence. The communications sought to be introduced here are those of Vanweenan. We have already concluded that the interception of her communications was unlawful and there is here no question of any consent. I would reject the suggestion that her communications are swept into the lawful interception of Whiteman and Christianou with whom she was speaking during the interceptions. She retained, because of the non-compliance with Part IV.1 and the absence of her consent, the protection of Part IV.1 of the *Code*. I would refer to the passage from the majority judgment in *Goldman v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 976, at p. 995:

In my view, the difference between the word conversation and the word communication is, in the context of this statutory provision, significant. A communication involves the passing of thoughts, ideas, words or information from one person to another. Conversation is a broader term and it would include, as all conversations do, an interchange of a series of separate communications. It is consistent with the scheme of Part IV.1, in my view, to consider that the originator of a private communication within the meaning of s. 178.1 is the person who makes the remark or series of remarks which

tions relatives à la drogue. L'agent de police Peterson a jugé raisonnable de présumer que ses communications privées seraient utiles à l'enquête ou pourraient l'être. Tout ce qu'il fallait pour l'inclure dans la demande, c'était des motifs raisonnables et probables de croire que ses communications pourraient être utiles. On a satisfait à ce critère en l'espèce. Je suis par conséquent d'avis qu'elle était une personne «connue» et que la poursuite ne peut se fonder sur la clause omnibus.

La poursuite peut-elle présenter la preuve de l'interception des communications privées de Vanweenan sur le fondement qu'elles ont été faites au cours de conversations avec des personnes dont les communications étaient légalement interceptées?

À mon avis, cet argument peut être réglé sommairement. L'article 178.16(1) prévoit dans les termes les plus clairs qu'une communication privée interceptée est inadmissible, à titre de preuve opposable à son auteur ou à la personne destinée à la recevoir, à moins que l'interception ne soit licite ou que son auteur ou que la personne à qui son auteur l'a destinée n'ait consenti à l'admission de l'élément de preuve. Les communications que l'on veut voir admettre ici sont celles de Vanweenan. Nous avons déjà conclu que l'interception de ses communications était illicite et la question d'un quelconque consentement ne se pose pas en l'espèce. Je suis d'avis de rejeter la prétention que ses communications sont englobées dans l'interception licite des communications de Whiteman et Christianou avec lesquelles elle s'entretenait au moment des interceptions. Elle conservait, en raison du non-respect de la partie IV.1 et de l'absence de consentement de sa part, la protection de la partie IV.1 du *Code*. Je renvoie au passage suivant de l'arrêt majoritaire *Goldman c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 976, à la p. 995:

A mon avis, la différence entre le mot conversation et le mot communication est importante dans le contexte de cette disposition. Une communication comprend la transmission de pensées, d'idées, de mots ou de renseignements d'une personne à une autre. Le terme conversation est plus large et inclurait, comme toutes les conversations, l'échange d'une série de communications distinctes. Considérer que l'auteur d'une communication privée au sens de l'art. 178.1 est la personne qui fait la remarque ou série de remarques que le ministère public cherche à produire en preuve est, selon moi, compatible

the Crown seeks to adduce in evidence. If a person, with a reasonable expectation of privacy, speaking in an electronically intercepted conversation makes statements which the Crown seeks to use against him, he has, in my view, as the originator of those statements, the protection of the privacy provisions of the *Criminal Code* because those statements constitute private communications upon his part and their admissibility at any subsequent trial will depend upon the provisions of Part IV.1 of the *Criminal Code*. [Emphasis added.]

In summary, then, Vanweenan is not a “known” person whose private communications could be intercepted under the authorization, because though she was a person whose identity was known to the police and was one “the interception of whose private communications there are reasonable and probable grounds to believe may assist the investigation of the offence”, she was not named in the authorization. She is not an “unknown” person whose communications could be intercepted under the basket clause because her identity was known and, as has been noted, was one “the interception of whose private communications there are reasonable and probable grounds to believe may assist the investigation of the offence”.

As for Vanweenan, then, the appeal is allowed and her acquittal is restored. As for Chesson, however, the appeal is dismissed and the order for a new trial is affirmed.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—I have had the benefit of the reasons of my colleague, Justice McIntyre, in this appeal and concur in his result and in most of his reasoning. I do, however, have a concern in one area.

This Court held in *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633, and in the *Wiretap Reference*, [1984] 2 S.C.R. 697, that if an entry is required in order to implement an authorization to instal a listening device in a particular place, then the authorization by necessary implication authorizes the entry into that place as well as the installation of the device. The Court by a majority (Beetz,

avec l'économie de la Partie IV.1. Si une personne qui peut raisonnablement s'attendre à une certaine intimité, fait, au cours d'une conversation interceptée électroniquement, des déclarations que le ministère public cherche à utiliser contre elle, elle bénéficie, à mon avis, à titre d'auteur de ces déclarations, des dispositions de protection de la vie privée du *Code criminel*, parce que ces déclarations constituent des communications privées de sa part et leur admissibilité à un procès subséquent sera soumise aux dispositions de la Partie IV.1 du *Code criminel*. [Je souligne.]

En résumé, donc, Vanweenan n'est pas une personne «connue» dont les communications privées pouvaient être interceptées en vertu de l'autorisation puisque, bien que la police ait connu son identité et qu'elle ait été une personne «dont les communications privées devraient être interceptées du fait qu'on a des motifs raisonnables et probables de croire que cette interception pourra être utile à l'enquête relative à l'infraction», elle n'était pas désignée dans l'autorisation. Elle n'est pas une «inconnue» dont les communications auraient pu être interceptées en vertu de la clause omnibus parce que son identité était connue et, comme je l'ai dit, elle est une personne «dont les communications privées devraient être interceptées du fait qu'on a des motifs raisonnables et probables de croire que cette interception pourra être utile à l'enquête relative à l'infraction».

Pour ce qui est de Vanweenan, par conséquent, le pourvoi est accueilli et son acquittement rétabli. Quant à Chesson, cependant, le pourvoi est rejeté et l'ordonnance de nouveau procès est confirmée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—J'ai eu le privilège de prendre connaissance des motifs de mon collègue, le juge McIntyre; je souscris à ses conclusions et, pour la plus grande part, à son raisonnement. Un point néanmoins me préoccupe.

Cette Cour a jugé dans son arrêt *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633, et dans le *Renvoi sur l'écoute électronique*, [1984] 2 R.C.S. 697, que, si pour exécuter une autorisation d'installation d'un dispositif d'écoute, il faut entrer dans un lieu particulier, l'autorisation permet par déduction nécessaire l'entrée dans ce lieu de même que l'installation du dispositif. La Cour, à la majorité

Estey, McIntyre and Lamer JJ.) held in *Lyons* that the fact that the entry constituted a trespass did not mean that the interception was not “lawfully made” within the meaning of s. 178.16(1)(a) of the *Criminal Code*. Dickson and Chouinard JJ. dissented on the basis that an authorization to intercept private communications does not implicitly carry with it a right to enter private premises and accordingly is not “lawfully made” within the meaning of the section.

The appellants submit that these cases do not authorize entries which would violate other provisions of the *Criminal Code* or violate other laws which it is not necessary to violate in order to implement the authorization. They conceded that if there was no violation of s. 387 of the *Criminal Code*, the mischief section, then the interception was “lawfully made”. I agree with the courts below and with McIntyre J. that there was no violation of s. 387 in this case and I note, in particular, that s. 386(2) of the *Code* provides that no one can be convicted under s. 387 where the person was acting “with legal justification or excuse and with colour of right”: see *R. v. Ninos and Walker*, [1964] 1 C.C.C. 326 (N.S.S.C. *in banco*), and *R. v. Creaghan* (1982), 1 C.C.C. (3d) 449 (Ont. C.A.)

I wish to stress, however, that in my view it is not every form of entry which is authorized by necessary implication under *Lyons* and the *Wiretap Reference*. Part IV.1 of the *Criminal Code* is headed “Invasion of Privacy” and the Part clearly represents a legislative compromise between the privacy interest of the individual and the competing interest of the public in law enforcement: see *R. v. Comisso*, [1983] 2 S.C.R. 121, at pp. 124-25, *per* Lamer J. I am sympathetic, therefore, to the general proposition advanced by the appellants that all forms of entry are not authorized by necessary implication but only those forms which represent the least intrusive way of implementing the authorization. I think that this qualification may be implicit, although not expressly articulated, in the previous authorities. But if I am wrong in that, I believe it is a qualification to which they should be subject. Accordingly, if an authorization

formée des juges Beetz, Estey, McIntyre et Lamer, a jugé dans l’arrêt *Lyons* que le fait que l’entrée constitue une intrusion ne signifie pas que l’interception n’a pas été «faite légalement» au sens de l’al. 178.16(1)a) du *Code criminel*. Les juges Dickson et Chouinard étaient dissidents, estimant que l’autorisation d’intercepter des communications privées ne comporte pas implicitement le droit d’entrer dans des lieux privés et que, par conséquent, celle-ci n’est pas «faite légalement» au sens de l’alinéa.

Les appelants font valoir que cette jurisprudence n’autorise pas les entrées quand elles violent d’autres dispositions du *Code criminel* ou d’autres lois qu’il n’est pas nécessaire de violer pour exécuter l’autorisation. Ils concèdent que, s’il n’y avait pas eu violation de l’art. 387 du *Code criminel*, l’article portant sur le méfait, l’interception aurait été «faite légalement». Je conviens, avec les tribunaux d’instance inférieure et avec le juge McIntyre, qu’il n’y a pas eu violation de l’art. 387 en l’espèce et je note, en particulier, que le par. 386(2) du *Code* prévoit que nul ne peut être déclaré coupable en vertu de l’art. 387 s’il a agi «avec une justification ou une excuse légale et avec apparence de droit»: voir *R. v. Ninos and Walker*, [1964] 1 C.C.C. 326 (C.S.N.-É. en banc), et *R. v. Creaghan* (1982), 1 C.C.C. (3d) 449 (C.A. Ont.)

Cependant, je désire souligner qu’à mon avis l’arrêt *Lyons* et le *Renvoi sur l’écoute électronique* n’autorisent pas par déduction nécessaire toutes les formes d’entrée. La partie IV.1 du *Code criminel* s’intitule «Atteintes à la vie privée»; il s’agit clairement d’un compromis législatif entre l’intérêt de l’individu à sa vie privée et l’intérêt concurrent du public à ce qu’on applique la loi: voir *R. c. Comisso*, [1983] 2 R.C.S. 121, aux pp. 124 et 125, le juge Lamer. Je suis donc sensible à la proposition générale des appelants selon laquelle toutes les formes d’entrée ne sont pas autorisées par déduction nécessaire, mais seulement celles qui constituent la façon la moins envahissante d’exécuter l’autorisation. Je pense que cette réserve peut être implicite dans la jurisprudence antérieure, quoiqu’elle n’y ait pas été énoncée expressément. Si j’ai tort à cet égard, je crois néanmoins qu’elles devraient être assujetties à cette réserve. C’est

can be implemented without violation of the criminal or civil law, the authority to commit such a violation should not be read into it. Such violation, in my view, is not in such a case authorized by necessary implication. I do not mean to suggest, of course, that the police must go to inordinate lengths to provide maximum protection of the accused's privacy in their mode of entry and installation. I simply say that they must act in a responsible fashion and intrude upon the accused's privacy no more than is reasonably necessary in order to instal the device. I think the police acted responsibly in this case in connecting the device to the truck's battery since otherwise repeated intrusions would have been required in order to change the batteries in the device.

My only disagreement with my colleague then is that I believe that the manner of entry and installation is relevant under s. 178.16(1)(a). *Lyons* and the *Wiretap Reference* do not provide a conclusive answer to an allegation that the manner of entry and installation violated another provision of the *Criminal Code* or our civil law. There is a middle course between the positions of the majority and the minority in these cases and I would respectfully adopt it. It is still for the courts to determine whether the particular form of entry and installation in issue was the least intrusive means that could reasonably have been employed in order to implement the authorization. Only then, in my view, will it have been authorized by necessary implication and only then will it have been, in the words of s. 178.16(1)(a) of the *Criminal Code*, "lawfully made".

Vanweenan's appeal allowed; Chesson's appeal dismissed.

Solicitors for the appellant Vanweenan: Moreau, Ogle & Associates, Calgary.

Solicitors for the appellant Chesson: MacPherson & Associates, Calgary.

Solicitor for the respondent: Earl C. Wilson, Calgary.

pourquoi, si une autorisation peut être exécutée sans violation du droit criminel ou du droit civil, on ne devrait pas l'interpréter de manière à y introduire le pouvoir de commettre cette violation. ^a À mon avis, cette violation n'est pas autorisée en pareil cas par déduction nécessaire. Je ne prétends pas, bien entendu, que les policiers doivent tout mettre en œuvre pour assurer une protection maximale à la vie privée de l'inculpé dans leur choix du mode d'entrée et d'installation. Je dis simplement ^b qu'ils doivent agir de manière responsable et ne pas s'ingérer plus dans la vie privée de l'inculpé qu'il n'est raisonnablement nécessaire de le faire ^c pour installer le dispositif. Je pense que les policiers ont agi de manière responsable en l'espèce en branchant le dispositif sur la batterie du camion puisque, autrement, des intrusions répétées auraient été nécessaires pour remplacer les batteries du dispositif. ^d

Le seul point où je suis en désaccord avec mon collègue est donc que je crois que le mode d'entrée et d'installation est pertinent relativement à l'al. 178.16(1)a). L'arrêt *Lyons* et le *Renvoi sur l'écoute électronique* n'apportent pas de réponse concluante à une allégation que le mode d'entrée et d'installation viole une autre disposition du *Code criminel* ou de notre droit civil. Il y a un ^f moyen terme entre les positions de la majorité et de la minorité dans ces affaires et c'est, avec égards, celui que j'adopte. Il appartient toujours aux tribunaux de décider si le mode particulier d'entrée et d'installation en cause constitue la ^g façon la moins envahissante qu'on aurait pu raisonnablement employer pour exécuter l'autorisation. Ce n'est qu'alors, à mon avis, qu'elle est autorisée par déduction nécessaire et alors seulement qu'elle aura été, pour reprendre les termes de l'al. 178.16(1)a) du *Code criminel*, «faite légalement». ^h

Le pourvoi de Vanweenan est accueilli et le pourvoi de Chesson est rejeté.

Procureurs de l'appelante Vanweenan: Moreau, Ogle & Associates, Calgary.

Procureurs de l'appelant Chesson: MacPherson & Associates, Calgary.

Procureur de l'intimée: Earl C. Wilson, Calgary.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Sylvain Clermont *Respondent*

INDEXED AS: R. v. CLERMONT

File No.: 20165.

1988: October 7.

Present: McIntyre, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Sentence — Probation — Accused bound by probation order convicted of an offence — Revocation of probation order and imposition of consecutive sentence — Whether s. 664(4)(d) of the Criminal Code allows the court to impose a consecutive sentence when a probation order is revoked.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1986), 5 Q.A.C. 261, 30 C.C.C. (3d) 571, allowing an appeal by the accused from the sentences imposed at trial. Appeal dismissed.

Ginette Kirouac, for the appellant.

Andrée Marier, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

MCINTYRE J.—We will not be calling upon you, Mrs. Marier. We are all of the view that the appeal should be dismissed for the reasons given by Rothman J.A. The appeal is dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Ginette Kirouac, Ste-Foy.

Solicitors for the respondent: Ouellette & Mannella, Montréal.

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

Sylvain Clermont *Intimé*^a RÉPERTORIÉ: R. c. CLERMONT

N° du greffe: 20165.

1988: 7 octobre.

^b Présents: Les juges McIntyre, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

^c *Droit criminel — Sentence — Probation — Accusé soumis à une ordonnance de probation déclaré coupable d'une infraction — Révocation de l'ordonnance de probation et imposition d'une sentence consécutive — L'article 664(4)d) du Code criminel permet-il à la cour d'imposer une sentence consécutive lors d'une révocation d'une ordonnance de probation?*

^e POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1986), 5 Q.A.C. 261, 30 C.C.C. (3d) 571, qui a accueilli l'appel interjeté par l'accusé contre les sentences imposées en première instance. Pourvoi rejeté.

Ginette Kirouac, pour l'appelante.

^f *Andrée Marier*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

^g LE JUGE MCINTYRE—M^e Marier, il n'est pas nécessaire de vous entendre. Nous sommes tous d'avis que le pourvoi doit être rejeté pour les raisons exprimées par le juge Rothman de la Cour d'appel. Le pourvoi est rejeté.

^h *Pourvoi rejeté.*

Procureur de l'appelante: Ginette Kirouac, Ste-Foy.

ⁱ *Procureurs de l'intimé: Ouellette & Mannella, Montréal.*

Greymac Trust Company, Crown Trust Company and Seaway Trust Company
Appellants

v.

Ontario Securities Commission *Respondent*

and

Greymac Credit Corporation *Respondent*

and

Chorny Mortgage Investor Participants
*Respondent*INDEXED AS: GREYMAC TRUST CO. v. ONTARIO
(ONTARIO SECURITIES COMMISSION)

File No.: 20146.

1988: October 13.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson,
La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Trusts and trustees — Breach of trust — Mingled bank account — Trustee making unauthorized disbursement from account — Insufficient funds to reimburse beneficiaries in full — Allocation of losses between beneficiaries — Whether Court of Appeal correct in not applying “first in, first out” rule in Clayton’s Case.

Cases Cited

Referred to: *Devaynes v. Noble; Clayton’s Case* (1816), 1 Mer. 572, 35 E.R. 781.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1986), 55 O.R. (2d) 673, 39 D.L.R. (4th) 1, dismissing an appeal from a judgment of Parker A.C.J.H.C. (1985), 51 O.R. (2d) 212, 19 D.L.R. (4th) 470, 19 E.T.R. 157. Appeal dismissed.

William V. Sasso, for the appellants.

No one appeared for respondent Ontario Securities Commission.

No one appeared for respondent Greymac Credit Corporation.

Greymac Trust Company, Crown Trust Company et Seaway Trust Company
Appelantes

a c.

Ontario Securities Commission *Intimée*

et

b **Greymac Credit Corporation** *Intimée*

et

Chorny Mortgage Investor Participants
Intimé

c

RÉPERTORIÉ: GREYMAC TRUST CO. c. ONTARIO
(ONTARIO SECURITIES COMMISSION)

N° du greffe: 20146.

d 1988: 13 octobre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre,
Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

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

e

Fiducies et fiduciaires — Manquement à la fiducie — Compte bancaire amalgamé — Retrait du compte effectué par le fiduciaire sans autorisation — Fonds insuffisants pour rembourser les fiduciaires en totalité — Répartition des pertes entre les bénéficiaires — La Cour d'appel a-t-elle eu raison de ne pas appliquer la règle du «premier entré premier sorti» établie dans l'affaire Clayton?

f **Jurisprudence**

Arrêt mentionné: *Devaynes v. Noble; Clayton’s Case* (1816), 1 Mer. 572, 35 E.R. 781.

h POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1986), 55 O.R. (2d) 673, 39 D.L.R. (4th) 1, qui a rejeté un appel du jugement du juge en chef adjoint Parker de la Haute Cour (1985), 51 O.R. (2d) 212, 19 D.L.R. (4th) 470, 19 E.T.R. 157. Pourvoi rejeté.

i *William V. Sasso*, pour les appelantes.

Personne n'a comparu pour l'intimée Ontario Securities Commission.

j Personne n'a comparu pour l'intimée Greymac Credit Corporation.

C. C. Lax, Q.C., and Perry Hancock, for the respondent Chorny Mortgage Investor Participants.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—It will not be necessary to call upon you Mr. Lax. The issue in this appeal is whether the Ontario Court of Appeal erred in failing to apply the “first-in, first-out” rule in *Clayton’s Case, Devaynes v. Noble; Clayton’s Case* (1816), 1 Mer. 572, 35 E.R. 781, in the allocation of losses between beneficiaries where a trustee has made unauthorized disbursements from an active bank account into which the beneficiaries’ funds have been placed and insufficient funds remain to reimburse each of the beneficiaries in full.

We are not persuaded by the appellants’ argument that the Ontario Court of Appeal so erred. On the contrary, we agree with the conclusion of the Court of Appeal and we adopt the reasons therefore delivered by Morden J.A. on behalf of the Court.

The appeal is accordingly dismissed with costs.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellants: McMillan, Binch, Toronto.

Solicitors for the respondent Chorny Mortgage Investor Participants: Goodman & Goodman, Toronto.

C. C. Lax, c.r., et Perry Hancock, pour l’intimé Chorny Mortgage Investor Participants.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF—M^e Lax, il n’est pas nécessaire de vous entendre. Le pourvoi vise à déterminer si la Cour d’appel a erré en n’appliquant pas la règle du «premier entré premier sorti» établie dans l’affaire *Clayton, Devaynes v. Noble; Clayton’s Case* (1816), 1 Mer. 572, 35 E.R. 781, lors de la répartition des pertes entre les bénéficiaires lorsqu’un fiduciaire a retiré sans autorisation des fonds d’un compte bancaire actif dans lequel les fonds des bénéficiaires avaient été placés et qu’il ne restait pas un solde suffisant pour rembourser les fiduciaires en totalité.

L’argument des appelantes ne nous a pas persuadés que la Cour d’appel de l’Ontario a commis une telle erreur. Au contraire nous sommes d’accord avec la conclusion de la Cour d’appel et nous adoptons donc les motifs prononcés par le juge Morden au nom de la Cour.

Par conséquent, le pourvoi est rejeté avec dépens.

Jugement en conséquence.

Procureurs des appelantes: McMillan, Binch, Toronto.

Procureurs de l’intimé Chorny Mortgage Investor Participants: Goodman & Goodman, Toronto.

Barrington Oliver Scott *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SCOTT

File No.: 19504.

1988: October 14.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Attempted murder — Mens rea — Requisite mens rea for attempted murder restricted to intent to kill — Lesser standard of intent applied by trial judge in charge delivered before principle enunciated — Court of Appeal finding jury had no alternative but to find requisite intent to kill — Whether Court of Appeal erred.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal dismissing an appeal from conviction by O'Driscoll J. sitting with jury. Appeal allowed.

Henry S. Brown, for the appellant.

Brian Trafford, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—The appeal is allowed and a new trial is ordered.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Gowling & Henderson, Ottawa.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Barrington Oliver Scott *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*^a RÉPERTORIÉ: R. c. SCOTT

N° du greffe: 19504.

1988: 14 octobre.

^b Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

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

^c *Droit criminel — Tentative de meurtre — Mens rea — Mens rea requise pour la tentative de meurtre limitée à l'intention de tuer — Norme d'intention moindre appliquée par le juge du procès dans les instructions données avant l'énoncé du principe — Conclusion de la Cour d'appel portant que le jury n'avait pas d'autre choix que de conclure à l'intention de tuer — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur?*

^e POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté un appel de la déclaration de culpabilité prononcée par le juge O'Driscoll siégeant avec jury. Pourvoi accueilli.

Henry S. Brown, pour l'appelant.

^f *Brian Trafford, c.r.*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

^g LE JUGE EN CHEF—Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Jugement en conséquence.

^h *Procureurs de l'appelant: Gowling & Henderson, Ottawa.*

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Mattabi Mines Limited *Appellant*

v.

The Minister of Revenue (Ontario)
*Respondent*INDEXED AS: MATTABI MINES LTD. v. ONTARIO
(MINISTER OF REVENUE)

File No.: 18871.

1988: February 1; 1988: October 20.

Present: Dickson C.J. and Estey*, McIntyre, Wilson,
Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Taxation — Corporation tax — Company amending previous tax returns to become eligible for investment tax credit — Whether Company eligible for tax credit — Whether Company entitled to amend its previous tax returns — Whether provincial authorities must accept amendments when federal authorities have done so pursuant to a federal administrative practice — Interpretation of s. 106 of The Corporations Tax Act, 1972, S.O. 1972, c. 143.

Appellant began exploration and development of its mining properties in 1970 and came into production in reasonable commercial quantities in August 1972. Prior to 1971, companies involved in new mining developments were exempt from taxation, both federally and provincially, for a period of three years from the day on which the mine came into production in reasonable commercial quantities. In 1971, however, the federal government announced that the three-year exemption would end as of December 31, 1973. The Ontario government also abolished the exemption as of that date but only announced its decision retroactively in April 1974. Appellant was therefore liable for both federal and provincial taxes in 1974. To reduce its provincial taxes for that year, appellant claimed an investment tax credit pursuant to s. 106(1) of *The Corporations Tax Act, 1972*. Although this credit was normally only available for the fiscal year in which the machinery and equipment was "acquired and used", s. 106(4) permitted it to be carried forward if the taxpayer had incurred a "net loss" in previous taxation years. The phrase "net loss" is defined in s. 106(5)(b) as "the amount . . . by which the

* Estey and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

Mattabi Mines Limited *Appelante*

c.

Le ministre du Revenu (Ontario) *Intimé*RÉPERTORIÉ: MATTABI MINES LTD. c. ONTARIO
(MINISTRE DU REVENU)

N° du greffe: 18871.

1988: 1^{er} février; 1988: 20 octobre.Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Estey*,
McIntyre, Wilson, Le Dain*, La Forest et
L'Heureux-Dubé.

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

Droit fiscal — Impôt sur les sociétés — Modification par la compagnie de ses déclarations d'impôt antérieures en vue de devenir admissible à un crédit d'impôt à l'investissement — La compagnie est-elle admissible au crédit d'impôt? — La compagnie a-t-elle le droit de modifier ses déclarations d'impôt antérieures? — Les autorités provinciales sont-elles obligées d'accepter les modifications lorsque les autorités fédérales l'ont fait conformément à une pratique administrative fédérale? — Interprétation de l'art. 106 de The Corporations Tax Act, 1972, S.O. 1972, chap. 143.

L'appelante a entrepris l'exploration et l'aménagement de ses biens miniers en 1970 et a commencé à produire en quantités commerciales raisonnables au mois d'août 1972. Avant 1971, les compagnies qui participaient à de nouvelles recherches minières étaient exemptées du paiement de l'impôt fédéral et provincial pour une période de trois années à compter du jour où leurs mines commençaient à produire en quantités commerciales raisonnables. En 1971, le gouvernement fédéral a cependant annoncé que l'exemption d'impôt de trois ans prendrait fin le 31 décembre 1973. Au mois d'avril 1974, le gouvernement de l'Ontario a également annoncé qu'il mettait fin à l'exemption mais rétroactivement au 31 décembre 1973. L'appelante était donc assujettie à l'impôt fédéral et provincial en 1974. Pour réduire son paiement d'impôt provincial pour cette année, l'appelante a demandé un crédit d'impôt à l'investissement en application du par. 106(1) de *The Corporations Tax Act, 1972*. Bien que ce crédit n'ait été normalement disponible que pour l'année financière au cours de laquelle la machinerie et le matériel avaient été «acquis et utilisés», le par. 106(4) permettait de le

* Les juges Estey et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

non-capital losses exceed the incomes of a corporation for the fiscal years" ending between April 26, 1971 and April 1, 1973. In order to become eligible for the tax credit, appellant filed with its 1974 income tax return, claiming the credit, an amended return for the fiscal year 1971 claiming a loss of \$100 by adding a capital cost allowance claim of that amount to the previously reported income of "nil". Appellant made an identical claim for 1972. The federal authorities accepted the 1971 amended return but the respondent did not and consequently disallowed the claim for a tax credit. The respondent also refused to accept two further amendments which would also have created a "net loss" for the appellant in the 1971 and 1972 taxation years. Appellant successfully appealed the respondent's decision on the capital cost allowance to the Supreme Court of Ontario but the judgment was set aside by the Court of Appeal. This appeal is to determine whether appellant can claim an investment tax credit for its 1974 taxation year.

Held: The appeal should be dismissed.

The requirements for claiming the tax credit set out in s. 106(1) are that the machinery and equipment must be used "for the purpose of earning income". There is no need to demonstrate a causal connection between a particular expenditure and a particular income, and no need for the income to be generated in the same year in which the expenditure was made. The only thing that matters is that the expenditures were a legitimate expense made in the ordinary course of business with the intention that the company could generate a taxable income some time in the future. The purchase of mining machinery and equipment by a mining company meets this general purpose or intention test. Appellant therefore met the qualifying provisions in s. 106(1) of the Act and qualified for the tax credit for 1971—the year in which the expenditures were made.

However, the respondent's refusal to accept appellant's amended tax return for 1971 prevents it from taking advantage of the tax credit for the 1974 fiscal year. Although appellant was entitled by the federal Interpretation Bulletin IT-112 to revise the capital cost allowance for 1971 and was required by the Ontario Reg. 350/73 to submit a similar revision to the province, there was nothing in the Act, the Regulation or any

reporter si le contribuable avait subi une «perte nette» au cours des années d'imposition antérieures. L'alinéa 106(5)b) définit l'expression «perte nette» comme étant «la somme . . . par laquelle les pertes autres que les pertes en capital excèdent les revenus d'une société pour les années financières» se terminant entre le 26 avril 1971 et le 1^{er} avril 1973. Pour devenir admissible au crédit d'impôt, l'appelante a produit avec sa déclaration d'impôt de 1974, dans laquelle elle réclamait le crédit, une déclaration modifiée pour l'année financière 1971 dans laquelle elle réclamait une perte de 100 \$ en ajoutant une déduction pour amortissement égale à cette somme au revenu «zéro» déclaré antérieurement. L'appelante a produit une demande identique relativement à l'année 1972. Les autorités fédérales ont accepté la déclaration modifiée pour l'année 1971, mais non l'intimé qui a donc refusé la demande de crédit d'impôt. L'intimé a également refusé deux autres modifications qui auraient également créé une «perte nette» pour l'appelante relativement aux années d'imposition 1971 et 1972. Dans son appel de la décision de l'intimé sur la déduction pour amortissement qu'elle a interjeté devant la Cour suprême de l'Ontario, l'appelante a eu gain de cause, mais la Cour d'appel a infirmé cette décision. Ce pourvoi vise à déterminer si l'appelante peut réclamer un crédit d'impôt à l'investissement pour son année d'imposition 1974.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Selon les conditions établies au par. 106(1) pour réclamer le crédit d'impôt, la machinerie et le matériel doivent être utilisés «dans le but de gagner un revenu». Il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'un lien de causalité entre une dépense particulière et un revenu particulier et il n'est pas nécessaire que le revenu soit généré dans l'année où la dépense a été engagée. Tout ce qui importe, c'est que les dépenses aient été engagées légitimement dans le cours ordinaire des affaires et dans le but qu'il en découle ultérieurement un revenu imposable. L'achat par une compagnie minière de machinerie et de matériel miniers est conforme à ce critère général fondé sur le but ou l'intention. L'appelante a donc satisfait aux dispositions d'admissibilité du par. 106(1) de la Loi et est admissible à bénéficier d'un crédit d'impôt pour 1971, l'année où les dépenses ont été faites.

Cependant, le refus de l'intimé d'accepter la déclaration d'impôt modifiée pour 1971, soumise par l'appelante, empêche cette dernière de profiter du crédit d'impôt pour l'année financière 1974. Même si l'appelante pouvait, selon le Bulletin d'interprétation IT-112 du gouvernement fédéral, demander la révision de la déduction pour amortissement relativement à l'année 1971 et devait, selon le règlement ontarien 350/73, soumettre

provincial Interpretation Bulletin which obliged the respondent to accept the appellant's revised return. The federal authorities accepted the revision pursuant to their own practice but there was no reason for them not to do so since the amendment was made to the federal return solely for the purpose of making the same amendment provincially.

The retroactive abolition of the tax exemption by the province could not *per se* constitute a reason for interpreting the Regulation so as to compel the respondent to accept the amendment. It was irrelevant to the issue of interpretation. The province's repeal of the tax exemption in no way changed the law applicable to the filing of amended returns and the question of whether, on the true interpretation of the provincial legislation, the respondent was obliged to accept them.

Appellant's alternative methods of creating a "net loss" so as to claim the investment tax credit were without merit. Appellant contended that the federal and the provincial authorities made an error when they accepted its choice to capitalize interest payments despite its failure to submit the appropriate documents for such election. While the interest expenses ought to have been treated as a deductible item for 1972, thereby creating a non-capital loss for that year, the respondent was entitled to waive strict compliance with the statute and treat the appellant's reporting of the item in its corporations tax return for 1972 as an election. This technical oversight could not be used to demand what was effectively a reopening and revision of the 1972 return long after the time for assessment, objection and appeal had passed. There was, of course, no statutory provision to permit such a reopening.

Appellant contended also that the payment of \$50 in capital tax in 1971, included by mistake in exploration and development expenses for 1972, constituted an error sufficiently egregious that it be required to alter its 1972 return by making this payment a deductible loss in 1972 pursuant to s. 60(1)(c) of the Act. Again, there was no statutory provision that required the respondent to accede to this request. The error was a minor one accepted by the respondent and the time for amending returns without authority was long past.

Finally, appellant was not entitled to reopen its 1974 return to deduct additional capital cost allowance given

une révision semblable à la province, il n'y a rien dans la Loi, le règlement ou un bulletin d'interprétation provincial qui oblige l'intimé à accepter la déclaration d'impôt révisée de l'appelante. Les autorités fédérales ont accepté la révision conformément à leur propre pratique, mais rien ne les justifiait de la refuser puisque la modification n'avait été apportée à la déclaration d'impôt fédérale que dans le seul but d'apporter la même modification à la déclaration provinciale.

L'abolition rétroactive de l'exemption d'impôt par la province ne peut en soi constituer une raison de donner au règlement une interprétation qui oblige l'intimé à accepter la modification. Cela n'est d'aucune utilité en ce qui concerne la question de l'interprétation. L'abolition de l'exemption d'impôt par la province ne change rien aux règles de droit applicables à la production de déclarations modifiées ni à la question de savoir si, selon l'interprétation exacte de la loi provinciale, l'intimé est tenu de les accepter.

Les moyens subsidiaires de l'appelante pour créer une «perte nette» de manière à pouvoir réclamer un crédit d'impôt à l'investissement ne sont pas fondés. L'appelante prétend que les autorités fédérales et provinciales ont commis une erreur lorsqu'elles ont accepté son choix de capitaliser les frais d'intérêts même si elle n'avait pas soumis les documents requis concernant ce choix. Même si les frais d'intérêts auraient dû être considérés comme un élément déductible pour 1972, ce qui aurait créé une perte autre qu'une perte en capital pour cette année, l'intimé peut renoncer à appliquer la Loi strictement et considérer comme un choix l'inclusion par l'appelante de cet élément dans sa déclaration d'impôt sur les sociétés pour 1972. Cette omission technique ne peut servir à demander ce qui constitue effectivement une réouverture et une révision de la déclaration de 1972, et ce, longtemps après que le délai applicable à la cotisation, à l'opposition et à l'appel eut été écoulé. Il n'existe évidemment aucune disposition législative permettant une telle réouverture.

L'appelante a également prétendu que le paiement d'un impôt sur le capital de 50 \$ en 1971, inclus par inadvertance à titre de dépenses d'exploration et d'aménagement pour 1972, constituait une erreur énorme au point de l'obliger à modifier sa déclaration de 1972 en faisant de ce paiement une perte déductible en 1972 conformément à l'al. 60(1)c) de la Loi. Encore une fois, il n'y a aucune disposition législative qui oblige l'intimé à accéder à cette demande. L'erreur, acceptée par l'intimé, est mineure et le délai pour modifier les déclarations sans autorisation est expiré depuis longtemps.

Enfin, l'appelante ne peut rouvrir sa déclaration de 1974 pour déduire des allocations de coût en capital

the disallowance of the investment tax credit. There was no statutory provision by which the respondent was required to accept this amendment.

Cases Cited

Referred to: *Royal Trust Co. v. Minister of National Revenue*, [1957] C.T.C. 32; *Premium Iron Ores Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1966] S.C.R. 685; *Minister of National Revenue v. M. P. Drilling Ltd.*, 76 D.T.C. 6028; *The Queen v. Royal Trust Corp. of Canada*, [1983] C.T.C. 159; *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *Southside Car Market Ltd. v. The Queen*, [1982] 2 F.C. 755; *Stickel v. Minister of National Revenue*, [1972] F.C. 672; *Harel v. Deputy Minister of Revenue of Quebec*, [1978] 1 S.C.R. 851; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 46.

Statutes and Regulations Cited

Corporations Tax Act, 1972, S.O. 1972, c. 143, ss. 1(1)(48), 12, 22(1)(a), 25, 60(1)(c), 75(2)(a), 99(7)(b), 106(1), (4), (5)(b), 157(1), 159.
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 18(1)(a), 21.
Income Tax Application Rules, 1971 (being Part III of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63), s. 28.
Regulation made under The Corporations Tax Act, 1972, O. Reg. 350/73, s. 301(1).

Authors Cited

Interpretation Bulletin IT-112, July 10, 1973, "Revision of Capital Cost Allowance Claims".
Interpretation Bulletin IT-487, April 26, 1982, "General Limitation on Deduction of Outlays or Expenses".

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, [1984] C.T.C. 566, 3 O.A.C. 69, setting aside a judgment of Keith J., [1982] C.T.C. 382. Appeal dismissed.

Murray A. Mogan, Q.C., and *John R. Sproat*, for the appellant.

Gerald W. Sholtack and *Augustine J. Arrigo*, for the respondent.

supplémentaires puisque le crédit d'impôt à l'investissement a été refusé. Il n'y a aucune disposition législative obligeant l'intimé à accepter cette modification.

a Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Royal Trust Co. v. Minister of National Revenue*, [1957] C.T.C. 32; *Premium Iron Ores Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1966] R.C.S. 685; *Ministre du Revenu national c. M. P. Drilling Ltd.*, 76 D.T.C. 6028; *La Reine c. Royal Trust Corp. of Canada*, [1983] C.T.C. 159; *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Southside Car Market Ltd. c. La Reine*, [1982] 2 C.F. 755; *Stickel c. Ministre du Revenu national*, [1972] C.F. 672; *Harel c. Sous-ministre du Revenu du Québec*, [1978] 1 R.C.S. 851; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Johns-Manville Canada Inc. c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 46.

d Lois et règlements cités

Corporations Tax Act, 1972, S.O. 1972, chap. 143, art. 1(1)(48), 12, 22(1)a), 25, 60(1)c), 75(2)a), 99(7)b), 106(1), (4), (5)b), 157(1), 159.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 18(1)a), 21.
Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu (constituant la partie III de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, chap. 63), art. 28.
Regulation made under The Corporations Tax Act, 1972, O. Reg. 350/73, art. 301(1).

Doctrine citée

Bulletin d'interprétation IT-112, 10 juillet 1973, «Révision des réclamations de l'amortissement du coût en capital».
Bulletin d'interprétation IT-487, 26 avril 1982, «Exceptions d'ordre général concernant la déduction des débours ou des dépenses».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, [1984] C.T.C. 566, 3 O.A.C. 69, qui a infirmé un jugement du juge Keith, [1982] C.T.C. 382. Pourvoi rejeté.

Murray A. Mogan, c.r., et *John R. Sproat*, pour l'appellante.

Gerald W. Sholtack et *Augustine J. Arrigo*, pour l'intimé.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—The resolution of this appeal turns primarily on the interpretation of certain provisions in *The Corporations Tax Act, 1972*, S.O. 1972, c. 143, as amended (the Act). The principal issue is whether the appellant Mattabi Mines Limited can claim an investment tax credit for its 1974 taxation year.

I The Facts

Mattabi was incorporated in 1970 and began exploration and development of its mining properties in the same year. By August 1972, when production in reasonable commercial quantities was achieved, it had incurred total development costs of nearly \$36 million. From then on it showed a profit. It made \$7.3 million from August to December 1972 and \$39.9 million in 1973. (Its fiscal year coincides with the calendar year). This profit, however, was exempt from all taxation since both the federal and provincial governments gave companies involved in new mining developments a 36-month tax holiday on income from mining from the time that production in reasonable commercial quantities was begun: see s. 75(2)(a) of the Act and s. 28 of the *Income Tax Application Rules, 1971*, being Part III of the *Income Tax Act, S.C. 1970-71-72*, c. 63. Accordingly, in its 1972 and 1973 returns Mattabi reported its income as “nil” to both levels of government.

In June 1971 the federal government announced that the three-year tax holiday would end as of December 31, 1973. The Ontario government also abolished the exemption as of December 31, 1973 but announced that decision retroactively in April 1974. Mattabi was therefore liable for both federal and provincial taxes in 1974. When it filed its 1974 return with the provincial government it attempted to reduce that liability by an investment

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE WILSON—Le présent pourvoi porte essentiellement sur l'interprétation de certaines dispositions de *The Corporations Tax Act, 1972*, S.O. 1972, chap. 143 et ses modifications (la Loi). La principale question est de savoir si l'appelante, Mattabi Mines Limited, peut réclamer un crédit d'impôt à l'investissement pour son année d'imposition 1974.

I Les faits

Mattabi a été constituée en personne morale en 1970 et a entrepris l'exploration et l'aménagement de ses biens miniers au cours de la même année. Au mois d'août 1972, quand elle a obtenu une production en quantités commerciales raisonnables, elle avait encouru des frais d'aménagement de presque 36 millions de dollars. À partir de ce moment, elle a fait des profits. Elle a réalisé 7,3 millions de dollars du mois d'août au mois de décembre 1972 et 39,9 millions de dollars en 1973. (Son année financière correspond à l'année civile). Ces profits étaient cependant exempts d'impôt puisque les gouvernements fédéral et provincial avaient accordé aux compagnies qui participaient à de nouvelles recherches minières une exemption temporaire d'impôt de 36 mois sur le revenu provenant de l'exploitation minière dès qu'elles commençaient à produire en quantités commerciales raisonnables: voir l'al. 75(2)a) de la Loi et l'art. 28 des *Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu*, constituant la partie III de la *Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72*, chap. 63. Dans ses déclarations d'impôt relatives aux années 1972 et 1973, Mattabi a donc indiqué aux deux paliers de gouvernement que son revenu était de «zéro».

Au mois de juin 1971, le gouvernement fédéral a annoncé que son exemption d'impôt de trois ans prendrait fin le 31 décembre 1973. Au mois d'avril 1974, le gouvernement de l'Ontario a également annoncé qu'il mettait fin à l'exemption mais rétroactivement au 31 décembre 1973. Mattabi était donc assujettie à l'impôt fédéral et provincial en 1974. Lorsqu'elle a produit sa déclaration de 1974 auprès du gouvernement provincial, elle a

tax credit. The criteria for qualifying for this credit are laid out in s. 106(1) of the Act which reads:

106.—(1) There may be deducted from the tax otherwise payable under this Part for a fiscal year by a corporation an amount equal to 5 per cent of the cost of machinery and equipment acquired and used in that fiscal year by the corporation which machinery and equipment is acquired pursuant to an agreement entered into after the 26th day of April, 1971, and which shall be used by the corporation solely in Ontario prior to the 1st day of April, 1973, for the purpose of earning income.

Although this credit was normally only available for the fiscal year in which the machinery and equipment was “acquired and used”, s. 106(4) permitted it to be carried forward if the taxpayer had incurred a “net loss” in previous taxation years. Section 106(5)(b) of the Act defined “net loss”:

(b) “net loss” means the amount, if any, by which the non-capital losses exceed the incomes of a corporation for the fiscal years ending between the 26th day of April, 1971, and the 1st day of April, 1973 . . .

Along with its 1974 return claiming the tax credit (\$736,962) Mattabi also filed an amended return for the fiscal year ending December 31, 1971. This amended return claimed a loss of \$100 for 1971 by adding a capital cost allowance claim of that amount to the previously reported income of “nil”. Given that Mattabi’s reported taxable income for the fiscal year 1972 was also “nil”, it claimed a “net loss” of \$100 for all fiscal years ending between April 26, 1971 and April 1, 1973 which brought it within the terms of the s. 106 carry forward provisions. The Minister refused to accept the amended return and consequently disallowed the claim for a tax credit. The Minister also refused to accept two further amendments to the 1971 and 1972 returns which would also have created a “net loss” for Mattabi. Mattabi successfully appealed the Minister’s decision on the capital cost allowance to the Supreme Court of Ontario, [1982] C.T.C. 382, but the Court of

tenté de réduire son montant d’impôt à payer par un crédit d’impôt à l’investissement. Les critères pour bénéficiaire de ce crédit sont établis au par. 106(1) de la Loi qui prévoit:

^a [TRADUCTION] **106.—(1)** Il peut être déduit de l’impôt qu’une société doit par ailleurs payer en vertu de la présente partie pour une année financière, une somme égale à 5 pour 100 du coût de la machinerie et du matériel acquis et utilisés par la société au cours de cette année financière, machinerie et matériel dont l’acquisition découle d’un accord conclu après le 26 avril 1971 et dont l’utilisation sera faite exclusivement en Ontario par la société avant le 1^{er} avril 1973 dans le but de gagner un revenu.

^b Bien que ce crédit n’ait été normalement disponible que pour l’année financière au cours de laquelle la machinerie et le matériel avaient été ^d «acquis et utilisés», le par. 106(4) permettait de le reporter si le contribuable avait subi une «perte nette» au cours des années d’imposition antérieures. L’alinéa 106(5)(b) de la Loi définit ainsi l’expression «perte nette»:

^e [TRADUCTION] ^b «perte nette» signifie la somme, le cas échéant, par laquelle les pertes autres que les pertes en capital excèdent les revenus d’une société pour les années financières se terminant entre le 26 avril 1971 et le 1^{er} avril 1973 . . .

^f Avec sa déclaration de 1974 dans laquelle elle réclamait le crédit d’impôt (736 962 \$), Mattabi a également produit une déclaration modifiée relativement à l’année financière se terminant le 31 décembre 1971. Dans cette déclaration modifiée, ^g Mattabi réclamait une perte de 100 \$ pour 1971 en ajoutant une déduction pour amortissement égale à cette somme au revenu «zéro» déclaré antérieurement. Puisque le revenu imposable de ^h Mattabi pour l’année financière 1972 était également de «zéro», elle a réclamé une «perte nette» de 100 \$ pour toutes les années financières se terminant entre le 26 avril 1971 et le 1^{er} avril 1973, ⁱ ce qui a eu pour effet de lui rendre applicables les dispositions de report de l’art. 106. Le Ministre n’a pas accepté la déclaration modifiée et a donc refusé la demande de crédit d’impôt. Le Ministre a également refusé deux autres modifications apportées aux déclarations de 1971 et 1972 qui auraient également créé une «perte nette» pour Mattabi.

Appeal for Ontario allowed an appeal from that decision by the Minister: [1984] C.T.C. 566.

II The Judgments Below

(a) *Supreme Court of Ontario*

A preliminary issue raised on the appeal to Keith J. was whether Mattabi could submit an alternative claim to the one for the tax credit. In the event that it failed to get the credit, it wanted a re-assessment of the 1974 return so that "additional capital cost allowance . . . up to the maximum amount permitted by the . . . Act and . . . regulations" could be included. The company had not taken the maximum allowance because it expected to receive the investment tax credit. Keith J. allowed the amendment. He considered the procedures for the filing of notices of assessment, objection and appeals, particularly the fact that upon the filing of the required material "the matter shall be deemed to be an action in the Court" (s. 157(1)) and that pursuant to s. 159 of the Act "the practice and procedure of the Supreme Court, including the right of appeal . . . apply to every matter deemed to be an action under section 157". He concluded at p. 387:

The practice of this Court has always been to permit amendments to pleadings that are required to form the foundation of a just judgment of the Court, at any stage of the proceedings, even extending to the end of a trial. On occasion it may be necessary to refuse an application to amend at a late time; on other occasions, it may be right and proper in the discretion of the judge, to impose terms on the applicant. The essential point however, is that no application for leave to amend a pleading is to be rejected on the sole ground that it is made at a late time in the proceedings. In any event, while the decisions of members of the Tax Appeal Board are always entitled to

Dans l'appel de la décision du Ministre sur la déduction pour amortissement qu'elle a interjeté devant la Cour suprême de l'Ontario, [1982] C.T.C. 382, Mattabi a eu gain de cause, mais la Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel du Ministre contre ce jugement: [1984] C.T.C. 566.

II Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

^b a) *La Cour suprême de l'Ontario*

En appel, le juge Keith a été saisi d'une question préliminaire qui consistait à savoir si Mattabi pouvait présenter une demande subsidiaire à celle portant sur le crédit d'impôt. Dans le cas où le crédit d'impôt lui serait refusé, Mattabi voulait qu'une nouvelle cotisation de sa déclaration d'impôt de 1974 soit établie pour qu'une [TRADUCTION] «allocation supplémentaire du coût en capital [. . .] jusqu'à concurrence du montant maximal permis par la loi [. . .] et [les] règlements» puisse être incluse. La compagnie n'avait pas réclamé l'allocation maximale parce qu'elle croyait bénéficier du crédit d'impôt à l'investissement. Le juge Keith a fait droit à la modification. Il a tenu compte de la procédure applicable au dépôt des avis de cotisation, d'opposition et d'appel, notamment du fait qu'au moment du dépôt des documents requis [TRADUCTION] «l'affaire sera réputée constituer une action devant la Cour» (par. 157(1)), et que, conformément à l'art. 159 de la Loi, [TRADUCTION] «les règles de pratique et de procédure de la Cour suprême, y compris le droit d'appel [. . .] s'appliquent à toute affaire réputée constituer une action en vertu de l'article 157». Il a conclu à la p. 387:

Cette Cour a toujours eu comme règle de permettre que des modifications nécessaires à l'établissement d'un jugement bien fondé de la Cour soient apportées aux actes de procédure à toutes les étapes des procédures et même jusqu'à la fin de l'instance. Il peut être nécessaire en certaines circonstances de rejeter une demande de modification tardive; en d'autres circonstances, il peut être juste et approprié, à la discrétion du juge, d'imposer des conditions au requérant. Cependant, l'essentiel est qu'il ne faut jamais rejeter une demande de permission de modifier un acte de procédure pour le seul motif qu'elle est présentée tardivement. Quoi qu'il en soit, bien que les décisions des membres de la Commission d'appel de l'impôt méritent notre plus grand respect et ont, dans

the greatest respect and in many cases have persuasive force, they are not binding on this Court.

On the principal issue Keith J. permitted the change to the 1971 return. He noted that while the federal government had announced an end to the tax holiday in June 1971, the province "remained silent for almost 3 years and then acted retroactively" (at pp. 389-90):

When the Province belatedly took action, the appellant . . . knew that its mining income for 1974 would be subject to provincial tax . . . instead of being totally exempt for 1974 and the first 7 months of 1975, but it could hardly have expected to be deprived at the same time of the benefit of the incentive tax deduction contained in section 106 of the Statute.

What the appellant has sought to do in 1974 is not to alter its tax obligation for the fiscal year 1971, but to take the step it could and undoubtedly would have taken had the respondent made known its intention to terminate the 36-month tax holiday at any time prior to June 30, 1972, the last day for filing its 1971 corporate tax return.

Keith J. also noted that the federal government's Interpretation Bulletins permitted such a revision of past capital cost allowance claims on certain conditions and had in fact done so in this case. This assumed a particular significance in the eyes of Keith J. because the applicable Ontario regulations required taxpayers to deduct the same capital cost allowance in the provincial return as they did in the federal return. He concluded at pp. 392-93:

Thus in the case before me, there is a long standing departmental practice of the federal authorities, to permit and accept amended corporate income tax returns, to claim a revision of capital cost allowance in accordance with the Interpretation Bulletins I have quoted.

I am firmly of the opinion that the federal authorities having accepted such an amendment for the appellant's

plusieurs cas, une force persuasive, elles ne lient pas cette Cour.

En ce qui concerne la question principale, le juge Keith a autorisé la modification apportée à la déclaration de 1971. Il a souligné que bien que le gouvernement fédéral ait annoncé en juin 1971 la fin de l'exemption temporaire d'impôt, la province [TRADUCTION] «est demeurée muette pendant presque trois ans et a ensuite agi rétroactivement» (aux pp. 389 et 390):

[TRADUCTION] Lorsque la province a, tardivement, pris des mesures, l'appelante [. . .] savait que ses revenus miniers pour 1974 seraient assujettis à l'impôt provincial [. . .] au lieu d'être totalement exemptés pour 1974 et les sept premiers mois de 1975, mais elle pouvait difficilement s'attendre à être privée en même temps du stimulant fiscal de la déduction prévue à l'article 106 de la Loi.

Ce que l'appelante a tenté de faire en 1974, ce n'est pas de se soustraire à ses obligations fiscales pour l'année financière 1971, mais de prendre la mesure qu'elle pouvait prendre et qu'elle aurait certainement prise si l'intimé avait fait connaître son intention de mettre fin à l'exemption fiscale de 36 mois à n'importe quel moment avant le 30 juin 1972, le dernier jour pour produire sa déclaration d'impôt sur les sociétés pour 1971.

Le juge Keith a également souligné que, selon les bulletins d'interprétation du gouvernement fédéral, les demandes de déduction pour amortissement antérieures pouvaient être révisées à certaines conditions et que le gouvernement avait effectivement procédé à la révision dans cette affaire. Aux yeux du juge Keith, ce fait revêtait une certaine importance parce que, selon les règlements ontariens applicables, les contribuables devaient réclamer dans leur déclaration d'impôt provinciale la même déduction pour amortissement qu'ils avaient réclamée dans leur déclaration d'impôt fédérale. Il a conclu aux pp. 392 et 393:

[TRADUCTION] Par conséquent, dans l'affaire qui m'est soumise, les autorités fédérales font état d'une pratique permanente du ministère qui consiste à permettre et à accepter les déclarations d'impôt modifiées de sociétés qui demandent que l'allocation du coût en capital soit révisée en conformité avec les bulletins d'interprétation que j'ai cités.

Je crois fermement que puisque les autorités fédérales ont accepté une telle modification en ce qui concerne

1971 fiscal year, the respondent was obliged by the applicable Ontario regulations to do likewise.

That this amendment caused the appellant to qualify for an investment tax credit in 1974, provides no basis in law or logic for the respondent to refuse to accept such amendment.

Thereafter, without addressing the interpretation of the section, Keith J. found that Mattabi had incurred a "net loss" for purposes of s. 106(5)(b) and could claim the tax credit. Although he did not need to do so, Keith J. noted briefly that he would not have permitted Mattabi's alternative claim to create a net loss in 1972 by altering its characterization of certain interest expenditures from capital expense to interest expense. He made no comment on Mattabi's further alternative claim to the same end which was based on a \$50 capital tax payment in 1971 allegedly erroneously recorded as part of exploration and development expenses. Because of his decision on the tax credit, Keith J. also did not discuss the merits of the alternative general claim for relief based on a reopening of the 1974 tax return.

(b) *Ontario Court of Appeal*

The Court of Appeal (Brooke, Weatherston and Robins J.J.A.) took a rather different approach to the issues before them. Robins J.A., for the Court, began by noting that it was irrelevant whether or not Mattabi could amend its 1971 return. Since in his view it did not affect the result, he was prepared to accept that it could do so, although he disagreed with Keith J. that the retroactive nature of the abolition was significant (at p. 570):

That section was repealed by a valid enactment of the provincial legislature. Its repeal in no way affects the law applicable to the filing of amended tax returns and is irrelevant to a determination of whether the Minister is obliged to accept an amended return.

Robins J.A. concentrated on the interpretation of s. 106(5)(b), the definition of "net loss". He

l'année financière 1971 de l'appelante, les règlements ontariens applicables obligeaient l'intimé à faire de même.

Le fait que par cette modification l'appelante soit devenue admissible à un crédit d'impôt à l'investissement en 1974 n'a pas pour résultat, en droit ou logiquement, de permettre à l'intimé de refuser cette modification.

Par la suite, sans aborder l'interprétation de l'article, le juge Keith a conclu que Mattabi avait subi une «perte nette» aux fins de l'al. 106(5)(b) et pouvait réclamer un crédit d'impôt. Le juge Keith a souligné brièvement, bien qu'il ne fût pas tenu de le faire, qu'il n'aurait pas accueilli la demande subsidiaire de Mattabi visant à créer une perte nette en 1972 en modifiant la qualification de certains frais d'intérêts de dépenses en capital en frais d'intérêts. Il n'a fait aucune remarque concernant l'autre demande subsidiaire présentée aux mêmes fins et fondée sur le paiement en 1971 d'un impôt sur le capital de 50 \$ qui aurait été inscrit erronément comme dépense d'exploration et d'aménagement. En raison de sa décision sur le crédit d'impôt, le juge Keith n'a pas non plus analysé le bien-fondé de la demande générale de redressement subsidiaire portant sur la réouverture de la déclaration d'impôt de 1974.

b) *La Cour d'appel de l'Ontario*

La Cour d'appel (les juges Brooke, Weatherston et Robins) a adopté une façon plutôt différente d'aborder les questions qui lui étaient soumises. Le juge Robins, s'exprimant au nom de la cour, a commencé par souligner qu'il n'était pas pertinent de savoir si Mattabi pouvait modifier sa déclaration de 1971. Puisqu'à son avis cela ne changeait pas le résultat, il était prêt à accepter que l'appelante pouvait le faire, tout en ne partageant pas l'avis du juge Keith que la nature rétroactive de l'abolition était significative (à la p. 570):

[TRADUCTION] Cet article a été abrogé par un texte législatif valide de la législature provinciale. Son abrogation ne touche en rien le droit applicable au dépôt des déclarations d'impôt modifiées et n'a rien à voir avec la question de savoir si le Ministre doit accepter une déclaration modifiée.

Le juge Robins s'est concentré sur l'interprétation de l'al. 106(5)(b) qui définit l'expression «perte

noted the Company's argument that income exempt from tax was not to be included in the calculation of whether such a loss had occurred but rejected it. In his view the definition of "net loss" did not exclude income exempt from tax from the calculations. He noted that the section "speaks of "incomes" in the plural". In addition the tax credit provision itself, s. 106(1), required that the machinery be used "for the purpose of earning income", which the Company claimed was the case here. Robins J.A. thought the Company's position inconsistent and untenable (at p. 571):

... the Company's position is, on the one hand, that its income, even though non-taxable, is to be taken into account in determining whether the Company qualifies in the first place for the tax incentive provided by subsection 106(1), while, on the other hand, that same income is not to be taken into account in determining whether the Company sustained a "net loss" as defined by subsection 106(5) for the purposes of subsection 106(4). I am unable to accept that position . . .

In my view, "income" must be treated in a consistent manner and given the same meaning throughout the section. If non-taxable income is to be considered "income" for the purpose of qualifying a corporation for the deduction under subsection 106(1), such income should also be included in the "incomes" to be taken into account in calculating the "net loss" under subsection 106(5). Conversely, if non-taxable income is not to be considered "income" for the purposes of subsection 106(1), it should also be excluded from the "incomes" referred to in subsection 106(5).

Either way, the Company cannot succeed.

Robins J.A. found support for this interpretation in the policy of the Act and in principles of statutory interpretation. The result he had reached (at p. 572):

... is consonant with the purpose and intent of this tax incentive provision. Since the deduction was made available only as against tax payable, it could not have been intended (if, indeed, any thought was given to the highly unusual circumstances here) to benefit a mining company that had been given a full tax holiday under another section of the Act for the entire qualifying period. No genuine loss was suffered by the Company during that period and, in my view, section 106 cannot

nette». Il a noté l'argument de la compagnie portant que le revenu exempt d'impôt ne devait pas être inclus dans le calcul visant à déterminer si une telle perte avait été subie, mais l'a rejeté. À son avis, la définition de «perte nette» n'avait pas pour effet d'exclure des calculs le revenu exempt d'impôt. Il a souligné que la disposition [TRADUCTION] «parle de «revenus» au pluriel». De plus, la disposition même relative au crédit d'impôt, le par. 106(1), exigeait que la machinerie soit utilisée [TRADUCTION] «dans le but de gagner un revenu», ce que la compagnie prétendait être le cas en l'espèce. Selon le juge Robins, la position de la compagnie était contradictoire et insoutenable (à la p. 571):

[TRADUCTION] ... la compagnie prétend, d'une part, qu'il faut tenir compte de son revenu, même s'il n'est pas imposable, pour déterminer si elle se qualifie d'abord relativement au stimulant fiscal prévu au paragraphe 106(1), et d'autre part, qu'il ne faut pas tenir compte de ce même revenu pour déterminer si elle a subi une «perte nette» au sens du paragraphe 106(5) pour les fins du paragraphe 106(4). Je ne puis accepter cette position . . .

À mon avis, le terme «revenu» doit être traité d'une manière uniforme et recevoir le même sens dans tout l'article. Si un revenu non imposable doit être traité comme du «revenu» pour qu'une société puisse bénéficier de la déduction du paragraphe 106(1), ce revenu devrait également être inclus dans les «revenus» dont il faut tenir compte pour calculer la «perte nette» sous le régime du paragraphe 106(5). Inversement, si le revenu non imposable ne doit pas être traité comme du «revenu» aux fins du paragraphe 106(1), il devrait également être exclu des «revenus» visés au paragraphe 106(5).

D'une façon ou d'une autre, la compagnie ne peut avoir gain de cause.

Le juge Robins a appuyé son interprétation sur la politique de la Loi et les principes d'interprétation législative. Le résultat auquel il est parvenu (à la p. 572):

[TRADUCTION] ... est conforme à l'objet et à l'intention de cette disposition créant un stimulant fiscal. Puisque la déduction ne pouvait être utilisée qu'en regard de l'impôt payable, on n'a pas pu avoir l'intention (si vraiment on a pensé aux circonstances tout à fait exceptionnelles que l'on trouve en l'espèce) d'en faire profiter une compagnie minière à qui un autre article de la Loi avait accordé une exemption fiscale complète pour toute la période admissible. La compagnie n'a subi aucune

properly be construed so as to entitle the Company to the deduction claimed. A taxpayer must, of course, bring its claim within the express terms of the provision conferring a deduction and in the event of doubt or ambiguity, it is well-established that the doubt or ambiguity must be resolved in favour of the Minister.

This conclusion meant also that, even if permitted, the alternative attempts to create a net loss would not do so. Robins J.A. therefore did not discuss them. He did, however, specifically reject the Company's alternative claim for relief based on amendments to the 1974 return. He said at p. 572:

... there is no valid basis upon which this Court can or should order the Minister to permit the Company to deduct in computing its income for 1974 additional capital cost allowance up to the maximum permitted by the Act. The subject-matter of the Minister's reassessment in no way, directly or indirectly, related to or involved a claim for the maximum capital cost allowance the Company might have claimed in 1974. The Minister was not called upon to consider or to determine any request for relief of this nature. The matter was simply not in issue in the proceedings up to the Minister's reassessment or, indeed, at any time before the amendment was asked for at trial. Furthermore, it is evident that the order requested would involve the reopening of assessments subsequent to 1974 that are not subject to objection or appeal. The Company chose the course it wished to pursue in regard to its 1974 taxation year. Neither the applicable statutory provisions or the case law to which we were referred lend support, in my view, to the contention that the Company, having failed in that course, is now entitled to compel the Minister to permit it to adopt an approach to its 1974 tax accounting wholly unrelated to the matters in issue in its appeal from the Minister's reassessment.

III The Interpretation of s. 106

Leaving aside for the moment questions relating to the specific grounds on which Mattabi claims that it can create a "net loss" for the qualifying period, the threshold issue in this appeal concerns

perte véritable au cours de cette période et, à mon avis, on ne peut logiquement interpréter l'art. 106 de manière à lui donner droit à la déduction réclamée. Un contribuable doit évidemment faire en sorte que sa demande soit conforme au texte explicite de la disposition accordant une déduction et, en cas de doute ou d'ambiguïté, il est bien établi que ce doute ou cette ambiguïté doivent être résolus en faveur du Ministre.

Cette conclusion signifiait également que, même si elles étaient autorisées, les tentatives subsidiaires de créer une perte nette n'auraient pas cet effet. Le juge Robins ne les a donc pas examinées. Il a cependant rejeté expressément la demande subsidiaire de redressement de la compagnie, fondée sur les modifications de la déclaration de 1974. Il a dit, à la p. 572:

[TRADUCTION] ... il n'y a aucun fondement valide en vertu duquel cette Cour peut ou devrait ordonner au Ministre de permettre à la compagnie de soustraire dans le calcul de son revenu en 1974 la déduction supplémentaire pour amortissement jusqu'à concurrence du montant maximal permis par la Loi. L'objet de la nouvelle cotisation établie par le Ministre ne concernait ni ne comportait, directement ou indirectement, une demande de déduction maximale pour amortissement que la compagnie aurait pu réclamer en 1974. On n'avait pas demandé au Ministre d'examiner une demande de redressement de cette nature ni d'en décider. Cette question n'avait tout simplement pas été soulevée dans les procédures jusqu'à ce que le Ministre établisse la nouvelle cotisation, ni, en fait, à aucun moment avant la demande de modification présentée à l'audience. De plus, il est évident que l'ordonnance demandée comporterait la réouverture des cotisations postérieures à 1974 qui ne font pas l'objet d'une opposition ou d'un appel. La compagnie a choisi de suivre la voie qu'elle s'était fixée en ce qui concerne l'année d'imposition 1974. À mon avis, ni les dispositions législatives applicables ni la jurisprudence qui nous a été soumise n'appuient la prétention que la compagnie, ayant échoué à cet égard, peut maintenant obliger le Ministre à lui permettre d'adopter une méthode de calcul de son impôt pour 1974, tout à fait étrangère aux questions en litige dans son appel de la nouvelle cotisation établie par le Ministre.

III L'interprétation de l'art. 106

Abstraction faite pour l'instant des questions portant sur les motifs précis pour lesquels Mattabi prétend qu'elle peut créer une «perte nette» pour la période admissible, la question préliminaire dans

the interpretation of s. 106. In particular, it is necessary to decide the meaning of “for the purpose of earning income” in s. 106(1) and “incomes” in s. 106(5)(b). The requirements for claiming the tax credit set out in s. 106(1) are that, *inter alia*, the machinery and equipment must be used “for the purpose of earning income”. What does this phrase mean? The Court of Appeal held that “income” must mean taxable income under Division B of the Act, not tax exempt income. In other words, there must be a direct connection between expenditures eligible for the investment tax credit and the earning of taxable income.

With respect, I do not agree. Similar qualifying provisions have been held to impose only a general purpose or intention test. In both the Act (s. 22(1)(a)) and the federal *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 18(1)(a), as amended, the phrase “for the purpose of gaining or producing income” is used in the general sections specifying allowable deductions:

22.—(1) In computing the income of a corporation from a business or property no deduction shall be made in respect of,

(a) an outlay or expense except to the extent that it was made or incurred by the corporation for the purpose of gaining or producing income from the business or property;

18. (1) In computing the income of a taxpayer from a business or property no deduction shall be made in respect of

(a) an outlay or expense except to the extent that it was made or incurred by the taxpayer for the purpose of gaining or producing income from the business or property;

The jurisprudence interpreting this phrase has provided some clear principles. In *Royal Trust Co. v. Minister of National Revenue*, [1957] C.T.C. 32 (Ex. Ct.), Thorson P. said this about the provision in the federal act (then s. 12(1)(a)), at pp. 43-44:

ce pourvoi porte sur l'interprétation de l'art. 106. Plus particulièrement, il est nécessaire de déterminer le sens de l'expression «dans le but de gagner un revenu» que l'on trouve au par. 106(1) et celui du terme «revenus» figurant à l'al. 106(5)b). Les conditions établies au par. 106(1) pour réclamer le crédit d'impôt sont, notamment, que la machinerie et le matériel soient utilisés «dans le but de gagner un revenu». Que signifie cette expression? La Cour d'appel a conclu que le terme «revenu» doit signifier revenu imposable en vertu de la section B de la Loi, et non revenu exempt d'impôt. En d'autres termes, il doit y avoir un lien direct entre les dépenses admissibles au crédit d'impôt à l'investissement et le gain d'un revenu imposable.

Avec égards, je ne partage pas cet avis. Il a déjà été décidé que des dispositions semblables portant sur l'admissibilité établissaient simplement un critère général fondé sur le but ou l'intention. Dans la Loi (al. 22(1)a)) et la *Loi de l'impôt sur le revenu fédérale*, S.C. 1970-71-72, chap. 63, al. 18(1)a), et ses modifications, l'expression «en vue de tirer un revenu [...] ou de faire produire un revenu» est utilisée dans les dispositions générales précisant les déductions permises:

22.—(1) Dans le calcul du revenu d'une société, tiré d'une entreprise ou d'un bien, les éléments suivants ne sont pas déductibles:

a) un débours ou une dépense sauf dans la mesure où ils ont été faits ou engagés par la société en vue de tirer un revenu des biens ou de l'entreprise ou de faire produire un revenu aux biens ou à l'entreprise;

18. (1) Dans le calcul du revenu du contribuable, tiré d'une entreprise ou d'un bien, les éléments suivants ne sont pas déductibles:

a) un débours ou une dépense sauf dans la mesure où elle a été faite ou engagée par le contribuable en vue de tirer un revenu des biens ou de l'entreprise ou de faire produire un revenu aux biens ou à l'entreprise;

La jurisprudence portant sur l'interprétation de cette expression fournit des principes clairs. Dans la décision *Royal Trust Co. v. Minister of National Revenue*, [1957] C.T.C. 32 (C. de l'É.), voici ce que le président Thorson a dit au sujet de la disposition contenue dans la loi fédérale (l'al. 12(1)a) à l'époque), aux pp. 43 et 44:

It is not necessary that the outlay or expense should have resulted in income. In *Consolidated Textiles Limited v. M.N.R.*, [1947] Ex. C.R. 77 at 81; [1947] C.T.C. 63, I expressed the opinion that it was not a condition of the deductibility of a disbursement or expense that it should result in any particular income or that any income should be traceable to it and that it was never necessary to show a causal connection between an expenditure and a receipt. And I referred to *Vallambrosa Rubber Co. v. C.I.R.* (1910), 47 S.C.L.R. 488 as authority for saying that an item of expenditure may be deductible in the year in which it is made although no profit results from it in such year and to *C.I.R. v. The Falkirk Iron Co. Ltd.* (1933), 17 T.C. 625, as authority for saying that it may be deductible even if it is not productive of any profit at all

The essential limitation in the exception expressed in Section 12(1)(a) is that the outlay or expense should have been made by the taxpayer "for the purpose" of gaining or producing income "from the business". It is the purpose of the outlay or expense that is emphasized but the purpose must be that of gaining or producing income "from the business" in which the taxpayer is engaged. If these conditions are met the fact that there may be no resulting income does not prevent the deductibility of the amount of the outlay or expense. Thus, in a case under the *Income Tax Act* if an outlay or expense is made or incurred by a taxpayer in accordance with the principles of commercial trading or accepted business practice and it is made or incurred for the purpose of gaining or producing income from his business its amount is deductible for income tax purposes. [Emphasis added.]

Similar views were expressed by this Court in *Premium Iron Ores Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1966] S.C.R. 685. A majority of the Court found that the limitation in the federal Act permitted the taxpayer to deduct legal expenses incurred in successfully resisting a tax demand by the United States Internal Revenue Service. In separate opinions, Martland, Abbott and Hall JJ., all noted that the current s. 18(1)(a), which dates from 1948, liberalized claims for deductible expenses. The previous provision, s. 6(a) of the *Income War Tax Act*, R.S.C. 1927, c. 97, had read:

[TRADUCTION] Il n'est pas nécessaire que le débours ou la dépense ait produit un revenu. Dans la décision *Consolidated Textiles Limited v. M.N.R.*, [1947] R.C. de l'É. 77, à la p. 81, [1947] C.T.C. 63, j'ai exprimé l'avis qu'il n'était pas nécessaire qu'un débours ou une dépense donne lieu à un revenu particulier pour être déductible ou qu'un rapport puisse être établi avec un revenu et qu'il n'était jamais nécessaire d'établir un rapport de cause à effet entre une dépense et une recette. J'ai mentionné la décision *Vallambrosa Rubber Co. v. C.I.R.* (1910), 47 S.C.L.R. 488, à titre de fondement pour affirmer qu'une dépense peut être déduite dans l'année au cours de laquelle elle a été faite bien qu'il n'en ait résulté aucun profit au cours de cette année, et la décision *C.I.R. v. The Falkirk Iron Co. Ltd.* (1933), 17 T.C. 625, à titre de fondement pour affirmer qu'elle peut être déduite même si elle n'a généré absolument aucun profit . . .

La restriction essentielle apportée à l'exception prévue à l'al. 12(1)a) est que le contribuable doit avoir fait la dépense ou le débours «en vue» de tirer un revenu «de l'entreprise» ou de lui faire produire un revenu. C'est le but de la dépense ou du débours qui est important et ce but doit être de tirer un revenu «de l'entreprise» à laquelle le contribuable se consacre ou de lui faire produire un revenu. Si ces conditions sont remplies, le fait qu'il puisse n'en résulter aucun revenu n'empêche pas la déduction du débours ou de la dépense. Ainsi, dans une affaire relevant de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, si le contribuable effectue un débours ou engage une dépense en conformité avec les principes applicables aux opérations commerciales ou la pratique commerciale reconnue, et ce, dans le but de tirer un revenu de son entreprise ou de lui faire produire un revenu, son montant est déductible aux fins de l'impôt sur le revenu. [Je souligne.]

Cette Cour a exprimé des opinions semblables dans l'arrêt *Premium Iron Ores Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1966] R.C.S. 685. La Cour, à la majorité, a conclu que la restriction de la loi fédérale permettait au contribuable de déduire ses frais judiciaires engagés pour avoir gain de cause dans une demande d'impôt présentée par l'Internal Revenue Service des États-Unis. Dans des opinions distinctes, les juges Martland, Abbott et Hall ont tous souligné que l'al. 18(1)a) actuel, qui remonte à 1948, a élargi les demandes de déduction des dépenses. La disposition antérieure, l'al. 6a) de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, S.R.C. 1927, chap. 97, se lisait ainsi:

6. In computing the amount of the *profits or gains to be assessed*, a deduction shall not be allowed in respect of

(a) disbursements or expenses not *wholly, exclusively and necessarily* laid out or expended for the purpose of earning *the* income; [Emphasis added by Martland J.]

In addition, the old Act had defined "income" as "the annual net profit or gain . . ." According to Martland J. "the present wording of para. (a) . . . was intended to broaden the definition of deductible expenses . . . [a]s now worded, [it] permits the deduction of any expense made for the purpose of producing income from a property or business" (p. 702). He then went on to take a broad approach to the meaning of "purpose" (at p. 703):

Clearly these expenses were not made solely for the purpose of earning income in the year in which they were incurred. They did not directly result in the earning of income at all. But they were made with a view to protecting the income earning capacity of the company . . .

Hall J. adopted a similarly broad view of income when used in the phrase "gaining or producing income". He said at p. 711:

The limitation, spelled out in s. 12(1)(a), does not, in referring to "producing income from the property or business of a taxpayer", limit the words quoted solely to the taxation year in which the deduction is being claimed. It is a clear indication to me that the income thus referred to may be the income of the taxation year under review or of a succeeding year.

A company such as the appellant exists to make a profit. All its operations are directed to that end. The operations must be viewed as one whole and not segregated into revenue producing as distinct from revenue retaining functions, otherwise a condition of chaos would obtain.

Similar comments to the effect that there need be no specific relationship between the expenditure and any particular income may be found in *Minister of National Revenue v. M. P. Drilling Ltd.*, 76 D.T.C. 6028 (F.C.A.), and *The Queen v. Royal Trust Corp. of Canada*, [1983] C.T.C. 159 (F.C.A.) Although none of these cases deal specifically with taxpayers who are temporarily exempt

6. Dans le calcul de la somme des *profits ou gains à imposer*, il ne doit pas être accordé de déduction en ce qui concerne

a) Les déboursés ou dépenses qui ne sont pas *totale-ment, exclusivement et nécessairement* faites en vue de la production du revenu; [Les italiques sont du juge Martland.]

De plus, l'ancienne Loi définissait le «revenu» comme «le profit ou gain annuel net . . .» Selon le juge Martland, [TRADUCTION] «le libellé actuel de l'al. a) [. . .] avait pour but d'élargir la définition des dépenses déductibles [. . . et il] permet de déduire les dépenses faites en vue de produire un revenu tiré de biens ou d'une entreprise» (p. 702). Il a alors poursuivi en donnant une interprétation large au terme «en vue de» (à la p. 703):

[TRADUCTION] Il est clair que ces dépenses n'ont pas été faites seulement en vue de produire un revenu dans l'année où elles ont été engagées. Elles n'ont pas contribué directement à la production d'un revenu. Cependant, elles ont été faites en vue de protéger la capacité de la compagnie de gagner un revenu.

Le juge Hall a adopté une interprétation large comparable du revenu lorsque le terme est utilisé dans l'expression «gagner ou [. . .] produire un revenu». Il a dit à la p. 711:

[TRADUCTION] La restriction établie à l'al. 12(1)a) ne restreint pas l'expression «produire un revenu tiré de biens ou d'une entreprise du contribuable» à la seule année d'imposition au cours de laquelle la déduction est réclamée. À mon sens, c'est une indication claire que le revenu dont il est ainsi question peut être le revenu de l'année d'imposition qui fait l'objet d'une révision ou celui d'une année subséquente.

Une compagnie comme l'appelante existe pour faire un profit. Toutes ses opérations sont effectuées en fonction de cette fin. Les opérations doivent être prises dans leur ensemble et non séparément selon les secteurs de production du revenu ou de répartition du revenu puisqu'il en résulterait un état de chaos.

Selon des remarques semblables contenues dans les arrêts *Ministre du Revenu national c. M. P. Drilling Ltd.*, 76 D.T.C. 6028 (C.A.F.), et *La Reine c. Royal Trust Corp. of Canada*, [1983] C.T.C. 159 (C.A.F.), il n'est pas nécessaire qu'il y ait un lien précis entre la dépense et un revenu particulier. Bien qu'aucune de ces affaires ne traite expressément de contribuables exemptés d'impôt

from tax, I think the principles emerging from them are applicable here. (I would note in passing that I attach no significance to the use of the word “earning” rather than “gaining” or “producing” income). If there is no need to demonstrate a causal connection between a particular expenditure and a particular income, and no need for the income to be generated in the same year in which the expenditure was made, then it would not seem to matter whether Mattabi suffered tax losses in 1971 or that it would have been exempt from tax had it made a profit. The only thing that matters is that the expenditures were a legitimate expense made in the ordinary course of business with the intention that the company could generate a taxable income some time in the future. It seems to me self-evident that the purchase of mining machinery and equipment by a mining company meets this general purpose or intention test. I would, therefore, respectfully disagree with Robins J.A. when he states that the phrase “for the purpose of earning income” is necessarily a bar to a claim by a taxpayer temporarily exempt from tax.

I find support for this conclusion in the federal government’s Interpretation Bulletin dealing with s. 18(1)(a). An Interpretation Bulletin does not, of course, have the binding effect of law (I discuss this later) but such Bulletins do have persuasive force in the event of ambiguity. The federal government’s Bulletin IT-487, April 26, 1982, entitled “General Limitation on Deduction of Outlays or Expenses”, states in part:

2. The Department’s views may be helpful in the interpretation of certain phrases used in the opening words of subsection 18(1) and in paragraph 18(1)(a), but it should be remembered that these phrases must also be considered in relation to the wording of the paragraph as a whole.

(b) ‘... for the purpose ...’. It is not necessary to show that income actually resulted from the particular outlay or expenditure itself. It is sufficient that the outlay or expense was a part of the income-earning process.

temporairement, je pense que les principes qui s’en dégagent s’appliquent en l’espèce. (Je soulignerais au passage que je n’attache aucune importance à l’utilisation du terme «gagner» plutôt que «tirer» ou «produire» un revenu). S’il n’est pas nécessaire de démontrer l’existence d’un lien de causalité entre une dépense particulière et un revenu particulier et s’il n’est pas nécessaire que le revenu soit généré dans l’année où la dépense a été engagée, il semblerait alors qu’il n’importe pas que Mattabi ait subi des pertes en 1971 ou qu’elle aurait été exemptée d’impôt si elle avait réalisé un profit. Tout ce qui importe, c’est que les dépenses aient été engagées légitimement dans le cours ordinaire des affaires et dans le but qu’il en découle ultérieurement un revenu imposable pour la compagnie. Il me semble évident en soi que l’achat par une compagnie minière de machinerie et de matériel miniers est conforme à ce critère général fondé sur le but ou l’intention. En toute déférence, je ne partage donc pas l’opinion du juge Robins lorsqu’il affirme que l’expression [TRADUCTION] «dans le but de gagner un revenu» rend forcément irrecevable la demande d’un contribuable exempté d’impôt temporairement.

Le bulletin d’interprétation du gouvernement fédéral portant sur l’al. 18(1)a) vient appuyer ma conclusion. Un bulletin d’interprétation n’a évidemment pas force de loi (j’analyse ce point plus loin), mais ces bulletins ont une force persuasive en cas d’ambiguïté. Voici un extrait du Bulletin d’interprétation IT-487 du gouvernement fédéral, en date du 26 avril 1982, intitulé «Exceptions d’ordre général concernant la déduction des débours ou des dépenses»:

2. Le point de vue du ministère peut être utile pour l’interprétation de certains passages utilisés dans l’introduction du paragraphe 18(1) et de l’alinéa 18(1)a). Toutefois, il ne faut pas oublier de situer ces passages dans l’ensemble du libellé de l’alinéa.

b) «... en vue de...» Il n’est pas nécessaire de prouver que le revenu provient réellement d’un débours ou d’une dépense particulière en soi. Il suffit que le débours ou la dépense fasse partie d’une activité du processus de gain.

(c) '... gaining or producing income...'. The word "income" refers to income after deductions as computed under Division B of the Income Tax Act. An expense would not be disallowed simply because the income-earning process produced a loss as long as the intention in making the expenditure was to produce income. Outlays or expenses made or incurred to maintain income or to reduce other expenses are also deductible as their purpose would be to increase income whether or not such an increase resulted. [Emphasis added.]

As I have indicated, this Bulletin is in accord with the interpretation the courts have put on phrases such as "gaining or producing income" and "earning income". I conclude that Mattabi meets the qualifying provisions in s. 106(1) of the Act.

My conclusion to this point only assists Mattabi to qualify for the tax credit in the year in which the expenditures were made, i.e., 1971. But the Company was exempt from tax in that year and thus for the credit to be of any practical use the Company must be able to carry it forward. The conditions under which that may be done are set out in s. 106(2) to (4):

(2) For the purposes of this section, where the machinery and equipment in respect of which the provisions of subsection 1 would otherwise apply, is not used by the corporation in the fiscal year in which it is acquired, such machinery and equipment shall be deemed to have been acquired and used by the corporation in the fiscal year in which it is first used.

(3) Any amount which may be deducted under subsection 1 may be deducted in subsequent fiscal years to the extent that the deduction allowed under subsection 1 exceeds the tax otherwise payable by the corporation in the previous fiscal years and, except as herein provided, no deduction shall be allowed in any fiscal year of the corporation ending after the 31st day of March, 1973, except that with respect to the first fiscal year of the corporation ending after the 31st day of March, 1973, the amount which may be deducted from the tax otherwise payable for that fiscal year shall not exceed that portion of the tax otherwise payable for that fiscal year that the number of days in that fiscal year prior to the 1st day of April, 1973, bears to 365.

c) «... tirer un revenu ... ou faire produire un revenu...» Le terme «revenu» désigne le revenu après déductions tel que calculé en vertu de la Section B de la Loi de l'impôt sur le revenu. Une dépense ne pourrait être refusée simplement parce que le processus de gain a donné lieu à une perte puisque la dépense a été faite avec l'intention de produire un revenu. Les débours ou les dépenses faites ou engagées pour assurer la production d'un revenu ou pour réduire d'autres dépenses sont également déductibles puisqu'elles avaient pour objet d'augmenter le revenu, qu'il y ait eu augmentation ou non. [Je souligne.]

Comme je l'ai indiqué, ce bulletin est conforme à l'interprétation que les tribunaux ont donnée aux expressions «tirer ou produire un revenu» et «gagner un revenu». Je conclus que Mattabi satisfait aux dispositions d'admissibilité du par. 106(1) de la Loi.

Ma conclusion sur ce point ne fait qu'aider Mattabi à être admissible à bénéficier d'un crédit d'impôt au cours de l'année où les dépenses ont été faites, c'est-à-dire en 1971. Mais la compagnie était exemptée d'impôt cette année-là et pour que ce crédit lui soit de quelque utilité pratique, il faut que la compagnie puisse le reporter. Les conditions auxquelles il est possible de le faire sont énoncées aux par. 106(2) à (4):

[TRADUCTION] (2) Aux fins du présent article, lorsque la machinerie et le matériel, à l'égard desquels les dispositions du paragraphe 1 seraient par ailleurs applicables, ne sont pas utilisés par la société pendant l'année financière de leur acquisition, ils sont réputés avoir été acquis et utilisés par la société pendant l'année financière où ils sont utilisés pour la première fois.

(3) Toute somme déductible en vertu du paragraphe 1 peut être déduite au cours des années financières subséquentes dans la mesure où la déduction permise en vertu du paragraphe 1 excède l'impôt par ailleurs payable par la société au cours des années financières précédentes et, sous réserve de ce qui est prévu au présent paragraphe, aucune déduction ne sera permise au cours d'une année financière de la société se terminant après le 31 mars 1973, sauf que, en ce qui concerne la première année financière de la société se terminant après le 31 mars 1973, la somme qui peut être déduite de l'impôt par ailleurs payable pour cette année financière ne doit pas excéder la fraction de l'impôt par ailleurs payable pour cette année financière que représente le nombre de jours de cette année financière antérieurs au 1^{er} avril 1973, sur 365.

(4) Notwithstanding subsection 3, where a corporation has a net loss, any amount which may be deducted under subsection 1 may be deducted in subsequent fiscal years to the extent that the deduction allowed under subsection 1 exceeds the tax otherwise payable by the corporation in the previous fiscal years and, except as herein provided, no deduction shall be allowed in any fiscal year of the corporation ending after the 31st day of March, 1974

The crucial phrase here is "net loss", which is defined in s. 106(5)(b):

(5) In this section,

(b) "net loss" means the amount, if any, by which the non-capital losses exceed the incomes of a corporation for the fiscal years ending between the 26th day of April, 1971, and the 1st day of April, 1973

This is a definition peculiar to s. 106. It requires Mattabi to establish that its "non-capital losses" exceeded its "incomes" in the relevant years, i.e., 1971 and 1972. What do these terms mean? The Court of Appeal thought the word "incomes" should be construed as referring to more than one income in any given year. In its view, it would cover both taxable and exempt income in a particular year. I would attribute a different significance to the use of "incomes" in the plural. It seems to me that the plural was used because the necessary calculation includes more than one fiscal year. This view is supported by the fact that neither "income" nor "non-capital loss" is defined in s. 106. One must turn therefore to the Act in general for their meaning.

Income is dealt with in Part II of the Act which covers ss. 8 to 122 and therefore includes s. 106. Division B of Part II entitled "Computation of Income" begins with the formula for determining the income of a corporation in any fiscal year (s. 12). The section begins:

12. The income of a corporation for a fiscal year for purposes of this Part is its income for the year determined by the following rules . . . [Emphasis added.]

(4) Nonobstant le paragraphe 3, lorsque la société accuse une perte nette, toute somme déductible en vertu du paragraphe 1 peut être déduite au cours des années financières subséquentes dans la mesure où la déduction permise en vertu du paragraphe 1 excède l'impôt par ailleurs payable par la société au cours des années financières précédentes et, sous réserve du présent paragraphe, aucune déduction ne sera permise au cours d'une année financière se terminant après le 31 mars 1974

L'expression capitale est ici «perte nette» qui est définie à l'al. 106(5)b):

[TRADUCTION] (5) Dans le présent article,

b) «perte nette» signifie la somme, le cas échéant, par laquelle les pertes autres que les pertes en capital excèdent les revenus d'une société pour les années financières se terminant entre le 26 avril 1971 et le 1^{er} avril 1973

C'est une définition particulière à l'art. 106. Elle exige que Mattabi démontre que ses «pertes autres que les pertes en capital» excèdent ses «revenus» au cours des années pertinentes, c'est-à-dire 1971 et 1972. Que signifient ces expressions? La Cour d'appel a estimé que le terme «revenus» devrait être interprété comme désignant plus d'un revenu au cours d'une année donnée. À son avis, le terme pouvait viser tant le revenu imposable que le revenu exempté d'une année particulière. J'accorderais une signification différente à l'emploi du terme «revenus» au pluriel. Il me semble qu'on a utilisé le pluriel parce que le calcul nécessaire porte sur plus d'une année financière. Ce point de vue trouve appui dans le fait que ni le «revenu» ni les «pertes autres que les pertes en capital» ne sont définis à l'art. 106. Il faut donc s'en remettre à la Loi en général pour déterminer leur sens.

On traite du revenu à la partie II de la Loi qui contient les art. 8 à 122 et donc l'art. 106. La section B de la partie II, intitulée [TRADUCTION] «Calcul du revenu», commence par la formule permettant de déterminer le revenu d'une société au cours d'une année financière (art. 12). L'article commence ainsi:

[TRADUCTION] **12.** Le revenu d'une société pour une année financière, aux fins de la présente partie, est son revenu pour l'année, déterminé selon les règles suivantes . . . [Je souligne.]

“This Part” is, as noted above, Part II and includes s. 106. The rules laid out in s. 12 are followed by a large number of sections dealing with what must be included, what may be deducted, and so on. Subdivision F of Division B headed “Amounts Not Included in Computing Income” contains s. 75(2)(a):

Subject to the prescribed conditions, there shall not be included in computing the income of a corporation income derived from the operation of a mine during the period of thirty-six months commencing with the day on which the mine came into production.

Two possible ways of interpreting the relationship between s. 75(2)(a) and s. 106 were advanced by the parties. The Company’s argument was simply that the plain meaning of the Act resulted in Mattabi having no income for the purposes of Part II (including s. 106) during this period. The Minister implicitly accepted that this correctly represented the plain meaning but urged this Court to hold that the carry forward provisions “could not have been intended to apply to corporations which earned large incomes but which were exempted under other provisions of the Act from paying taxes on those incomes during the qualifying period”. To qualify, he submitted, a taxpayer must have incurred a “true net loss”. The Minister supported this interpretation by noting that the credit was designed to provide an incentive to purchase equipment and that such incentive would only be effective in the case of a company that actually paid tax. Therefore, it could not in his submission have been intended to apply in the present case.

The Minister, in effect, asks the Court to find, in the absence of a separate definition for the section, that “income” has a different meaning in s. 106 from its meaning “for the purposes of” Part II of the Act in which the section appears. Robins J.A. in the Court of Appeal seems to have accepted this submission. He concludes that “income” in s. 106 is, in effect, a synonym for profit. Accordingly, it does not matter whether the profit is tax exempt or not. The difficulty with this position, as I see it, is that a taxing statute is a highly technical piece of legislation which requires an interpreta-

«La présente Partie» est, comme nous l’avons souligné auparavant, la partie II et inclut l’art. 106. Les règles établies à l’art. 12 sont suivies d’un grand nombre d’articles traitant de ce qui doit être inclus, de ce qui peut être déduit, et ainsi de suite. La sous-section F de la section B, intitulée [TRADUCTION] «Montants non inclus dans le calcul du revenu» contient l’al. 75(2)a):

[TRADUCTION] Sous réserve des conditions prescrites, n’est pas inclus dans le calcul du revenu d’une société, le revenu provenant de l’exploitation d’une mine au cours de la période de trente-six mois commençant le jour où a débuté la production de la mine.

Selon les parties, il y a deux façons d’interpréter le lien entre l’al. 75(2)a) et l’art. 106. L’argument de la compagnie porte simplement que, selon le sens ordinaire des termes de la Loi, elle n’a eu aucun revenu aux fins de la partie II (y compris l’art. 106) au cours de cette période. Le Ministre a reconnu implicitement que cette interprétation correspondait bien au sens ordinaire des termes, mais il a exhorté cette Cour à conclure [TRADUCTION] «qu’on n’a pas pu vouloir que «les dispositions de report» s’appliquent à des sociétés qui gagnaient des revenus importants mais qui étaient exemptées, en vertu d’autres dispositions de la Loi, du paiement de l’impôt sur ces revenus au cours de la période admissible». Pour être admissible, soutient-il, un contribuable doit avoir subi une [TRADUCTION] «véritable perte nette». À l’appui de cette interprétation, le Ministre souligne que le crédit avait pour but d’encourager l’achat de matériel et que ce stimulant n’était efficace que dans le cas d’une compagnie qui payait effectivement de l’impôt. Par conséquent, il prétendait qu’on ne pouvait avoir voulu qu’il s’applique en l’espèce.

En réalité, le Ministre demande à la Cour de conclure, en l’absence d’une définition distincte applicable à l’article, que le «revenu» a, dans l’art. 106, un sens différent de celui qu’il a «aux fins de» la partie II de la Loi dans laquelle l’article se trouve. Le juge Robins de la Cour d’appel semble avoir accepté cet argument. Il conclut que le terme «revenu» de l’art. 106 est en fait synonyme de profit. Par conséquent, il est sans importance que le profit soit exempté d’impôt ou non. À mon avis, la difficulté que pose cette thèse est qu’une loi fiscale est une loi extrêmement technique qui

tion that will ensure certainty for the taxpayer. Many of the words used carry a very specific and technical meaning because they identify the fundamental concepts underpinning the legislation. "Income" is one of those fundamental concepts.

"Net loss" is a defined item for purposes of s. 106(5)(b). Both "income" and "non-capital loss" are defined for the purposes of the Act. (Non-capital loss is defined in ss. 1(1)(48) and 99(7)(b)). The legislature did not enact a separate definition of "income" for s. 106, which it could easily have done, and in my view it should not readily be taken to have intended it to have a different meaning in s. 106 from its meaning in Part II generally.

The Minister, however, relies on this Court's judgment in *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, and in particular on one of the guidelines to the interpretation of taxing statutes set out by Estey J. at pp. 579-80:

3. Moreover, the formal validity of the transaction may also be insufficient where:

(c) 'the object and spirit' of the allowance or benefit provision is defeated by the procedures blatantly adopted by the taxpayer to synthesize a loss, delay or other tax saving device, although these actions may not attain the heights of 'artificiality' in s. 137. This may be illustrated where the taxpayer, in order to qualify for an 'allowance' or a 'benefit', takes steps which the terms of the allowance provisions of the Act may, when taken in isolation and read narrowly, be stretched to support. However, when the allowance provision is read in the context of the whole statute, and with the 'object and spirit' and purpose of the allowance provision in mind, the accounting result produced by the taxpayer's actions would not, by itself, avail him of the benefit of the allowance.

With respect, I do not think *Stubart* supports the Minister's interpretation of "income" here. The issue in *Stubart* was whether a corporate taxpayer, with the avowed purpose of reducing its taxes, can establish an arrangement whereby future profits are routed through a subsidiary in order to avail itself of the latter corporation's loss carry-forward. It was held that it could since (at p. 581):

nécessite une interprétation dont le contribuable puisse être certain. Plusieurs des termes utilisés ont un sens très précis et technique parce qu'ils illustrent les concepts fondamentaux de la Loi. Le «revenu» est l'un de ces concepts fondamentaux.

La «perte nette» est un élément défini aux fins de l'al. 106(5)b). Le «revenu» et les «pertes autres que les pertes en capital» sont définis aux fins de la Loi. (Les pertes autres que les pertes en capital sont définies aux al. 1(1)(48) et 99(7)b)). Le législateur n'a pas adopté une définition distincte du «revenu» pour l'art. 106, ce qu'il aurait pu faire facilement, et à mon avis, il ne faut pas s'empres- ser de croire qu'il a voulu lui accorder, à l'art. 106, un sens différent de celui qu'il a généralement dans la partie II.

Le Ministre invoque cependant l'arrêt de cette Cour *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, et notamment l'une des règles formulées par le juge Estey quant à l'interprétation des lois fiscales, aux pp. 579 et 580:

3. En outre, la validité de l'opération quant à la forme peut également être insuffisante lorsque

c) «l'objet et l'esprit» de la disposition qui accorde la déduction ou l'avantage sont mis en échec par le processus manifestement adopté par le contribuable pour créer une perte, un report ou tout autre mécanisme d'évitement de l'impôt, même si ces opérations n'atteignent pas le degré d'artifice prévu à l'art. 137. On peut donner l'exemple du contribuable qui, pour profiter d'une «déduction» ou d'un «avantage», prend des mesures que les termes des dispositions de dégrèvement peuvent, pris isolément et interprétés strictement, arriver à justifier. Toutefois, si l'on interprète la disposition de dégrèvement dans le contexte de l'ensemble de la Loi, en pensant à l'objet, à l'esprit et au but de cette disposition, le résultat comptable produit par les opérations du contribuable ne lui procurerait pas, par lui-même, l'avantage de la déduction.

Avec égards, je ne crois pas que l'arrêt *Stubart* appuie l'interprétation que le Ministre donne au terme «revenu» en l'espèce. Dans l'affaire *Stubart*, la question était de savoir si, dans le but avoué de réduire ses impôts, une société pouvait conclure une entente par laquelle les futurs profits seraient passés à une filiale dans le but de se prévaloir du report des pertes de cette dernière. On a décidé qu'elle le pouvait puisque (à la p. 581):

Neither the loss carry-forward provisions, nor any other provision of the Act, have been shown to reveal a parliamentary intent to bar the appellant from entering into such a binding transaction and to make the payments here in question. Once the tax loss concept is included in the statute, the revenue collector is exposed to the chance, if not the inevitability, of the reduction of future tax collections to the extent that a credit is granted for past losses.

The submission of the Minister is that a reading of the whole statute according to its plain meaning can defeat a narrow, technical interpretation of a particular provision. However, in the present case consideration of the whole statute reveals, if anything, support for the Company's position. "Income" is a defined term in Part II of the Act and the failure to define income differently for purposes of s. 106 which is contained in Part II has to be treated as significant. Interpretation according to the "object and spirit" of the legislation cannot, in my view, overcome a clear statutory definition. This is not a case in which the Court has a choice of the interpretations it may put upon the language used by the legislature. The legislature has specifically addressed the subject. I would therefore conclude that in assessing whether Mattabi had a "net loss" one must start with the finding that for purposes of s. 106(5)(b) its "incomes" were "nil".

Section 106(5)(b) requires that "non-capital losses" be deducted from "incomes" in the search for a net loss. "Non-capital loss" is defined in ss. 1(1)(48) and 99(7)(b) of the Act. I do not intend to analyze these provisions, however, since it is common ground that Mattabi's "non-capital losses" for the relevant period were "nil". Its "net loss" is therefore also "nil" unless it can produce a negative sum for non-capital losses by revising its 1971 or 1972 tax return.

IV Revision of the 1971 Return

The appellant submitted that it was not only entitled to revise its 1971 return in 1974 but was, indeed, required to do so in the circumstances. It

On ne nous a pas démontré que les dispositions relatives au report des pertes ou quelque autre disposition de la Loi révèlent l'intention du législateur d'empêcher l'appelante de conclure une telle opération et de faire les versements en cause. Dès que le concept de report des pertes est incorporé à la Loi, le percepteur s'expose aux risques, peut-être même à la certitude, de voir les rentrées futures d'impôt réduites jusqu'à concurrence du dégrèvement accordé pour pertes antérieures.

Selon la prétention du Ministre, une interprétation de l'ensemble de la Loi selon son sens ordinaire est de nature à mettre en échec une interprétation stricte, technique, d'une disposition particulière. En l'espèce toutefois, s'il est possible de dégager une conclusion de l'examen de toute la Loi, cette conclusion appuie la thèse de la compagnie. Le «revenu» est un terme défini à la partie II de la Loi et l'absence d'une définition différente de ce terme aux fins de l'art. 106 qui est compris dans la partie II doit être considérée comme significative. L'interprétation selon «l'objet et l'esprit» de la Loi ne peut, à mon avis, supplanter une définition législative claire. Il ne s'agit pas d'un cas où la Cour a le choix des interprétations qu'elle peut donner au langage utilisé par le législateur. Le législateur a abordé le sujet expressément. Par conséquent, je suis d'avis que pour déterminer si Mattabi avait subi une «perte nette», il faut partir de la conclusion qu'aux fins de l'al. 106(5)b) ses «revenus» étaient de «zéro».

Selon l'alinéa 106(5)b), les «pertes autres que les pertes en capital» doivent être déduites des «revenus» pour constituer une perte nette. Les «pertes autres que les pertes en capital» sont définies aux al. 1(1)(48) et 99(7)b) de la Loi. Je n'ai cependant pas l'intention d'analyser ces dispositions puisque les parties s'accordent pour dire que les «pertes autres que les pertes en capital» de Mattabi pour la période visée étaient de «zéro». Sa «perte nette» est donc également de «zéro» à moins qu'elle puisse arriver, par une révision de ses déclarations d'impôt de 1971 ou de 1972, à un résultat négatif pour les pertes autres que les pertes en capital.

IV Révision de la déclaration de 1971

L'appelante soutient qu'elle avait non seulement le droit de réviser sa déclaration de 1971 en 1974, mais qu'elle était effectivement obligée de le faire

cited the federal government's Interpretation Bulletin IT-112 of July 10, 1973 which states:

9. Where a taxpayer requests a revision of capital cost allowance claimed in a year which was assessable to a "nil" income tax (because of a loss in that year, the application of a loss of another year, or the fact that income was exempt from tax in that year), such requests will be allowed only if there is no resulting change in the tax assessed for the year or any other year of the taxpayer for which the time has expired for filing a notice of objection. [Emphasis added.]

Mattabi had submitted such a revision for 1971 to the federal government in 1975 along with its 1974 return and the federal government accepted it. We were referred to Ontario Regulation 350/73, s. 301(1), which states:

ALLOWANCES IN RESPECT OF CAPITAL COST

301.—(1) Except as otherwise provided in this section, every corporation shall, for the purposes of clause *a* of subsection 1 of section 24 of the Act, deduct for each fiscal year the same part of the capital cost to the corporation of property, or the same amount in respect of the capital cost to the corporation of property, as is deducted by the corporation under paragraph *a* of subsection 1 of section 20 of the *Income Tax Act* (Canada) . . .

Combining the federal Interpretation Bulletin (to which the provincial government admits that it adheres) and the provincial Regulation, the appellant submitted that it was entitled by the Bulletin to revise the capital cost allowance in 1971 if it met the necessary conditions and that it was required by the Regulation to submit a similar revision to the Ontario government. The appellant further submitted that the Regulation requires Ontario to accept the revision when the federal authorities have done so. This latter submission is strongly resisted by the Minister.

Crucial to a resolution of this issue is an understanding of the legal effect of administrative practice as publicized in Interpretation Bulletins. As already mentioned, the latter are not authoritative sources for the interpretation of taxing statutes. As

dans les circonstances. Elle a cité le Bulletin d'interprétation IT-112 du gouvernement fédéral, en date du 10 juillet 1973, qui prévoit:

9. Lorsqu'un contribuable demande une révision de l'amortissement du coût en capital réclamé à l'égard d'une année où la cotisation d'impôt sur le revenu était «néant» (à cause d'une perte au cours de cette année-là, de l'imputation d'une perte d'une autre année, ou du fait que le revenu était exempté de l'impôt au cours de cette année-là), une telle demande ne sera admise que si elle n'entraîne aucun changement dans la cotisation d'impôt du contribuable pour l'année ou pour une autre année à l'égard de laquelle le délai prévu pour la production d'un Avis d'opposition est expiré. [Je souligne.]

En 1975, Mattabi a présenté au gouvernement fédéral une telle révision pour l'année 1971 avec sa déclaration de 1974 et le gouvernement fédéral l'a acceptée. On nous a renvoyé au par. 301(1) du règlement ontarien 350/73, qui prévoit:

[TRADUCTION] ALLOCATION DU COÛT EN CAPITAL

301.—(1) Sous réserve de ce qui est prévu dans le présent article, la société doit, aux fins de l'alinéa 24(1)*a* de la Loi, déduire pour chaque année financière la même partie du coût en capital des biens assumé par la société ou le même montant du coût en capital des biens assumé par la société que celui qu'elle a déduit en vertu de l'alinéa 20(1)*a* de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada) . . .

Invoquant l'effet conjugué du bulletin d'interprétation fédéral (auquel le gouvernement provincial admet adhérer) et du règlement provincial, l'appelante soutient qu'elle pouvait, selon le bulletin, demander la révision de la déduction pour amortissement relativement à 1971 à la condition de remplir les conditions requises et qu'elle devait, selon le règlement, soumettre une révision semblable au gouvernement ontarien. L'appelante soutient de plus que le règlement oblige l'Ontario à accepter la révision lorsque les autorités fédérales l'ont fait. Le Ministre s'oppose vigoureusement à ce dernier argument.

Pour résoudre ce litige, il est capital de saisir l'effet juridique de la pratique administrative rendue publique dans les bulletins d'interprétation. Comme je l'ai déjà souligné, ces bulletins n'ont pas force obligatoire en matière d'interprétation des

Cattanach J. put it in *Southside Car Market Ltd. v. The Queen*, [1982] 2 F.C. 755 (T.D.), at p. 770, "an interpretation is not law until so interpreted by a court of competent jurisdiction". The same judge noted in *Stickel v. Minister of National Revenue*, [1972] F.C. 672 (T.D.), at p. 684, that "[t]he Deputy Minister does not have the power to legislate". Interpretation Bulletins, however, do have some persuasive force where there is an ambiguity in the legislation. In *Harel v. Deputy Minister of Revenue of Quebec*, [1978] 1 S.C.R. 851, this fact was recognized in a case in which Quebec considered a lump sum payment to be taxable as such while the federal government treated it as eligible for forward averaging. De Grandpré J. said at pp. 858-59:

That was the situation in 1954 when the provincial law closely modelled on the federal law was adopted. At that time, the provincial legislator was familiar not only with the wording of s. 36(1) of the federal Act but also, undoubtedly, with the administrative interpretation there, which was to the effect that taxpayers in Mr. Harel's situation could avail themselves of the averaging provided for in the section. Although the wording of s. 45 of the provincial Act differs somewhat from that of s. 36(1) of the federal Act, the concept is the same. Consequently, when c. 17 of the Statutes of Quebec, 1953-54 was adopted, the administrative interpretation of the federal Act gave it a colour that the provincial legislator could not ignore. The 1954 provincial Act became c. 69 of the 1964 Revised Statutes, and in 1965 c. 26 of 13-14 Eliz. II revoked s. 45 and replaced it with the section currently in effect. At that time, the administrative interpretation of the provincial Act was consistent with that of the federal Act, so that in 1965 a case similar to that of appellant would have been decided in his favour. This administrative interpretation was maintained until 1968, at which time, for reasons that have not been explained, the department reversed its policy.

Once again, I am not saying that the administrative interpretation could contradict a clear legislative text; but in a situation such as I have just outlined, this interpretation has real weight and, in case of doubt about the meaning of the legislation, becomes an important factor. [Emphasis added.]

lois fiscales. Comme le juge Cattanach l'a dit dans la décision *Southside Car Market Ltd. c. La Reine*, [1982] 2 C.F. 755 (D.P.I.), à la p. 770, «[u]ne [...] interprétation ne constitue pas le droit avant d'être ainsi interprétée par un tribunal compétent». Le même juge a souligné dans la décision *Stickel c. Ministre du Revenu national*, [1972] C.F. 672 (D.P.I.), à la p. 684, que «[l]e sous-ministre n'a pas le pouvoir de légiférer». Les bulletins d'interprétation ont cependant une certaine force persuasive lorsqu'il existe une ambiguïté dans la loi. Dans l'arrêt *Harel c. Sous-ministre du Revenu du Québec*, [1978] 1 R.C.S. 851, on a reconnu ce fait dans une affaire où le gouvernement du Québec a considéré que le paiement d'une somme globale était imposable à ce titre alors que le gouvernement fédéral considérait qu'il pouvait être étalé. Le juge de Grandpré affirme, aux pp. 858 et 859:

C'était là la situation en 1954 lorsque fut adoptée la loi provinciale calquée de près sur la loi fédérale. À cette époque, le législateur provincial non seulement connaissait le texte de l'art. 36(1) de la loi fédérale mais il en connaissait aussi, sans aucun doute, l'interprétation administrative acceptant que les contribuables dans la situation de M. Harel puissent invoquer l'étalement de l'article. Bien que l'art. 45 de la loi provinciale adopte un style un peu différent de 36(1) de la loi fédérale, la pensée est la même; dès lors, lorsque fut adopté le c. 17 des Statuts du Québec, 1953-54, l'interprétation administrative du statut fédéral donnait une couleur que le législateur provincial ne pouvait ignorer. La loi provinciale de 1954 devint le c. 69 des Statuts refondus de 1964 et en 1965, par le c. 26 de 13-14 Elizabeth II, l'art. 45 fut abrogé et remplacé par celui que nous connaissons maintenant. À cette époque, l'interprétation administrative de la loi provinciale était conforme à l'interprétation administrative de la loi fédérale, de sorte qu'en 1965 un cas semblable à celui de l'appelant aurait été décidé en sa faveur. Cette interprétation administrative fut maintenue jusqu'en 1968; pour des raisons qui n'ont pas été expliquées, le ministre fit alors volte-face.

Encore une fois, je n'affirme pas que l'interprétation administrative puisse aller à l'encontre d'un texte législatif clair mais dans une situation comme celle que je viens d'esquisser, cette interprétation a une valeur certaine et, en cas de doute sur le sens de la législation, devient un facteur important. [Je souligne.]

Harel was affirmed recently in *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29. Dickson J., as he then was, stated at p. 37:

Administrative policy and interpretation are not determinative but are entitled to weight and can be an "important factor" in case of doubt about the meaning of legislation: *per de Grandpré J., Harel v. Deputy Minister of Revenue of Quebec*. . . .

I have no doubt that the legislation creates an ambiguity in this area. The Ontario regulation requires a taxpayer to submit the same capital cost allowance claim that it submits to the federal government but it does not in terms require the Ontario authorities to accept the claim. Should the latter be forced to adopt the appellant's capital cost revision on the basis of the federal government's practice? The appellant submits that it should on the basis that the ambiguity arising from the combined effect of the federal Interpretation Bulletin and the provincial Regulation should be resolved in favour of the taxpayer. This Court's judgment in *Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 46, is cited in support.

In *Johns-Manville* Estey J. said at p. 67:

. . . if the interpretation of a taxation statute is unclear, and one reasonable interpretation leads to a deduction to the credit of a taxpayer and the other leaves the taxpayer with no relief from clearly *bona fide* expenditures in the course of his business activities, the general rules of interpretation of taxing statutes would direct the tribunal to the former interpretation.

Later in his judgment at p. 72 he referred to:

. . . another basic concept in tax law that where the taxing statute is not explicit, reasonable uncertainty or factual ambiguity resulting from lack of explicitness in the statute should be resolved in favour of the taxpayer.

Although Estey J. was referring to ambiguity within a single statute, I believe these principles are not inappropriate to a case like the present in which the ambiguity stems from the interplay of a

L'arrêt *Harel* fut récemment confirmé dans l'arrêt *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29. Le juge Dickson, maintenant Juge en chef, a dit à la p. 37:

^a Les politiques et l'interprétation administratives ne sont pas déterminantes, mais elles ont une certaine valeur et, en cas de doute sur le sens de la législation, elles peuvent être un «facteur important»: le juge de Grandpré dans l'arrêt *Harel c. Sous-ministre du Revenu du Québec* . . .

Je ne doute nullement que la loi soulève une ambiguïté dans ce domaine. Le règlement ontarien oblige le contribuable à soumettre la même demande de déduction pour amortissement que celle qu'il présente au gouvernement fédéral, mais les termes du règlement n'obligent pas le gouvernement provincial à faire droit à cette demande. Celui-ci devrait-il être obligé d'accepter la révision du coût en capital de l'appelante en raison de la pratique du gouvernement fédéral? L'appelante soutient qu'il devrait l'être parce que l'ambiguïté découlant de l'effet conjugué du bulletin d'interprétation fédéral et du règlement provincial devrait être résolue en faveur du contribuable. L'arrêt de cette Cour *Johns-Manville Canada Inc. c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 46, est cité à l'appui de cet argument.

^f Dans l'arrêt *Johns-Manville*, le juge Estey affirme, à la p. 67:

. . . si l'interprétation d'une loi fiscale n'est pas claire et qu'une interprétation raisonnable entraîne une déduction au profit du contribuable alors qu'une autre interprétation laisse le contribuable sans allègement pour les dépenses réelles faites dans le cours de ses opérations commerciales, selon les règles générales d'interprétation des lois fiscales, le tribunal devrait choisir la première interprétation.

Plus loin, à la p. 72, il mentionne:

. . . un autre concept fondamental de droit fiscal portant que, si la loi fiscale n'est pas explicite, l'incertitude raisonnable ou l'ambiguïté des faits découlant du manque de clarté de la loi doit jouer en faveur du contribuable.

Bien que les remarques du juge Estey portaient sur des dispositions ambiguës à l'intérieur d'une seule loi, je crois que ces principes sont applicables dans une affaire comme celle-ci où l'ambiguïté découle

provincial Regulation and federal administrative practice.

They do not, however, assist the appellant here. Mattabi can hardly claim to have had “no relief from clearly *bona fide* expenditures”. It had relief in the form of a total exemption from taxation during the qualifying period. It was in fact enjoying a complete tax holiday. I see no reason therefore to interpret the provincial Regulation as imposing an obligation on the Ontario authorities to accept the appellant’s revised return when there is nothing in the Act, the Regulation or any provincial Interpretation Bulletin to support it. While the federal authorities accepted the revision pursuant to their own practice, there was no reason for them not to do so since the amendment was made to the federal return solely for the purpose of making the same amendment provincially. We do not know whether or not the federal authorities would have so readily accepted it had it been attended by the same consequences under the federal legislation as under the provincial.

It is my view, moreover, that the retroactive abolition of the tax holiday by the province cannot *per se* constitute a reason for interpreting the Regulation so as to compel the authorities to accept the amendment. The fact that the tax holiday in the case of the province was abolished retroactively, thereby depriving the appellant of the opportunity to make out its return in the manner most advantageous to it, obviously influenced the trial judge. I agree, however, with Robins J.A. in the Court of Appeal for the reasons he gives that it is irrelevant to the issue of interpretation. The Province’s repeal of the tax holiday in no way changes the law applicable to the filing of amended returns and the question whether on the true interpretation of the provincial legislation the Minister is obliged to accept them. It goes without saying, of course, that it may be very relevant to the decision the Minister makes in the exercise of his discretion whether to accept them or not.

de l’interaction d’un règlement provincial et d’une pratique administrative fédérale.

Ils ne sont cependant d’aucune utilité pour l’appelante en l’espèce. Mattabi peut difficilement prétendre qu’elle s’est trouvée «sans allègement pour les dépenses réelles». Elle bénéficiait d’un allègement qui prenait la forme d’une exemption totale d’impôt pendant la période admissible. Elle jouissait en fait d’une exemption temporaire d’impôt. Je ne vois donc aucune raison d’interpréter le règlement provincial comme obligeant les autorités ontariennes à accepter la déclaration d’impôt révisée de l’appelante lorsqu’il n’y a rien dans la Loi, le Règlement ou un bulletin d’interprétation provincial pour le justifier. Bien que les autorités fédérales aient accepté la révision conformément à leur propre pratique, rien ne les justifiait de la refuser puisque la modification n’avait été apportée à la déclaration d’impôt fédérale que dans le seul but d’apporter la même modification à la déclaration provinciale. Nous ne savons pas si les autorités fédérales l’auraient acceptée aussi volontiers si elle avait comporté les mêmes conséquences que sous le régime de la loi provinciale.

En outre, je suis d’avis que l’abolition rétroactive de l’exemption temporaire d’impôt par la province ne peut en soi constituer une raison de donner au règlement une interprétation qui oblige les autorités à accepter la modification. Le fait que, dans le cas de la province, l’exemption temporaire d’impôt ait été abolie rétroactivement, privant ainsi l’appelante de la possibilité de soumettre sa déclaration de la façon qui lui était la plus profitable, a de toute évidence influencé le juge de première instance. Je partage toutefois l’opinion du juge Robins de la Cour d’appel, pour les motifs qu’il a exposés, que cela n’est d’aucune utilité en ce qui concerne la question de l’interprétation. L’abolition de l’exemption temporaire d’impôt par la province ne change rien aux règles de droit applicables à la production de déclarations modifiées ni à la question de savoir si, selon l’interprétation exacte de la loi provinciale, le Ministre est tenu de les accepter. De toute évidence, il va sans dire que cela peut être très pertinent relativement à la décision que rend le Ministre dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire de les accepter ou non.

I would conclude, for the reasons I have indicated, that this Court cannot compel the Ontario government to accept the appellant's revision to its 1971 tax return. It may do so if it wishes but it remains, in my opinion, a matter within the scope of the Minister's discretion.

V Mattabi's Alternative Claims

These claims are threefold: the first two represent alternate methods of creating a net loss in the 1971 and 1972 taxation years so as to claim the investment tax credit; the third is a claim that the 1974 return be reopened so that the Company can readjust its deductions in light of its failure to be allowed that credit. I will deal with each of them in turn.

(a) *Capitalization of Interest Expense*

When the appellant's mining operations came into production in reasonable commercial quantities in 1972 it was required to close its books and reopen them immediately because this date represented the point at which the tax holiday began. When it did so it had a choice of how to deal with \$1,183,477 paid in interest during the first seven months of 1972. It could treat this sum as a deductible expense or it could elect to include it as pre-production capital expenditure. These options are provided for in s. 25 of the Act and s. 21 of the *Income Tax Act*. Since its income for 1972 was "nil", Mattabi chose to capitalize the interest payments but failed to submit the appropriate documents for such election. Despite this failure, both levels of government accepted the election.

The appellant now argues, somewhat ironically, that it should not be permitted to get away with this oversight. Interest expenses ought to be treated as a deductible item for 1972 which would create a non-capital loss for 1972 and therefore a net loss for the qualifying period under s. 106 of the Act.

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis que cette Cour ne peut obliger le gouvernement ontarien à accepter la révision de la déclaration d'impôt de 1971 de l'appelante. Il lui est loisible de l'accepter mais, à mon avis, c'est une question qui relève du pouvoir discrétionnaire du Ministre.

V Les demandes subsidiaires de Mattabi

Ces demandes se divisent en trois parties: les deux premières représentent deux méthodes de création d'une perte nette pour les années d'imposition 1971 et 1972 de manière à pouvoir réclamer un crédit d'impôt à l'investissement; la troisième est une demande visant à faire rouvrir la déclaration de 1974 de la compagnie afin qu'elle puisse réajuster ses déductions en fonction du refus de lui accorder ce crédit. Je vais traiter de ces demandes une par une.

a) *La capitalisation des frais d'intérêts*

Lorsque l'exploitation minière de l'appelante a commencé à produire en quantités commerciales raisonnables en 1972, l'appelante a dû fermer ses livres et les rouvrir immédiatement parce que cette date constituait le moment où l'exemption temporaire d'impôt commençait à s'appliquer. Ce faisant, elle avait un choix à exercer quant à la somme de 1 183 477 \$ payée en intérêts au cours des sept premiers mois de 1972. Elle pouvait choisir de traiter cette somme comme une dépense déductible ou de l'inclure à titre de dépense d'investissement de mise en marche. Ces options sont prévues à l'art. 25 de la Loi et à l'art. 21 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Puisque son revenu pour 1972 était de «zéro», Mattabi a choisi de capitaliser les frais d'intérêts, mais n'a pas soumis les documents requis concernant ce choix. Malgré cette omission, les deux paliers de gouvernement ont accepté le choix.

L'appelante fait maintenant valoir, quelque peu ironiquement, qu'on ne devrait pas laisser passer son omission. Les frais d'intérêts doivent être considérés comme un élément qui était déductible en 1972 et qui aurait créé une perte autre qu'une perte en capital pour 1972 et donc une perte nette pour la période admissible en application de l'art. 106 de la Loi.

I find no merit in this argument. Keith J. had this to say on it at p. 393:

I am of the opinion that the Minister is entitled to waive strict compliance with the Statute and treat the appellant's reporting of the item in its financial statements and corporations tax return for 1972 as an election.

I would agree. The Company made its choice of how to characterize the interest payments in 1972. The choice may not have turned out to be the best one but that fact plus a technical oversight cannot be used to demand what is effectively a reopening and revision of the 1972 return long after the time for assessment, objection and appeal has passed. There is, of course, no statutory provision to permit such a reopening. I would reject this ground of appeal.

(b) *1972 Capital Tax Payment*

I find even less merit in this claim. In 1971 the appellant paid \$50 in capital tax under Part III of the Act. This was erroneously included in exploration and development expenses for 1972. Again, the appellant asks this Court to hold that this error, accepted or overlooked by both taxing authorities, was sufficiently egregious that it be required to alter its 1972 return by making this \$50 payment a deductible loss in 1972 pursuant to s. 60(1)(c) of the Act. Precisely the same considerations lead me to reject this argument. The appellant can cite no authority that requires the government to accede to this request. The error was a minor one accepted by the government and the time for amending returns without authority is long past. I have no doubt that, if the government were attempting at this stage to alter these returns, the Company would be strenuously arguing an estoppel based on the intervening years and the earlier acceptance of the returns by the authorities. I find no merit in this claim.

J'estime que cet argument n'est pas fondé. Voici ce que le juge Keith a dit à ce sujet à la p. 393:

[TRADUCTION] Je suis d'avis que le Ministre peut renoncer à appliquer la Loi strictement et considérer comme un choix l'inclusion par l'appelante de l'élément dans ses états financiers et sa déclaration d'impôt sur les sociétés pour 1972.

Je suis de cet avis. La compagnie a fait son choix quant à la qualification des frais d'intérêts en 1972. Il se peut que ce choix ne se soit pas avéré le meilleur, mais ce fait et l'omission technique ne peuvent servir à demander ce qui constitue effectivement une réouverture et une révision de la déclaration de 1972, et ce, longtemps après que le délai applicable à la cotisation, à l'opposition et à l'appel eut été écoulé. Il n'existe évidemment aucune disposition législative permettant une telle réouverture. Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

(b) *Paiement d'un impôt sur le capital en 1972*

J'estime que cette demande est encore moins fondée. En 1971, l'appelante a payé un impôt sur le capital de 50 \$ en vertu de la partie III de la Loi. C'est par erreur que ce montant a été inclus dans les dépenses d'exploration et d'aménagement pour 1972. Encore une fois, l'appelante demande à cette Cour de déclarer que cette erreur, reconnue ou passée sous silence par les deux autorités responsables de l'impôt, était énorme au point d'obliger l'appelante à modifier sa déclaration de 1972 en faisant de ce paiement de 50 \$ une perte déductible en 1972 conformément à l'al. 60(1)c) de la Loi. Ce sont précisément les mêmes considérations qui m'amènent à rejeter cet argument. L'appelante ne peut citer aucun auteur ni aucun précédent qui obligerait le gouvernement à accéder à sa demande. L'erreur, acceptée par le gouvernement, était mineure et le délai pour modifier les déclarations sans autorisation est expiré depuis longtemps. Je suis persuadée que si le gouvernement tentait, à cette étape-ci, de modifier ces déclarations, la compagnie invoquerait avec vigueur qu'il ne peut le faire en raison des années écoulées et de l'acceptation antérieure des déclarations par les autorités. J'estime que cette demande est non fondée.

(c) *The 1974 Return*

The appellant's final claim is an alternative pleading to all of its other contentions. If, for one reason or another, it is denied the 1974 investment tax credit, then it asks the Court:

... is the Appellant entitled to deduct in computing its income for 1974 additional capital cost allowance (greater than the amount of capital cost allowance deducted in the Appellant's 1974 tax return) up to the maximum amount permitted by the Ontario Act and its regulations?

In support of this claim Mattabi points out that it did not claim the maximum capital cost allowance in 1974 because it assumed it would receive the tax credit and did not wish to reduce the tax against which the credit would be applied. It puts its claim for relief this way:

In preparing a tax return under the Ontario Act, each corporate taxpayer must, of necessity, make a number of assumptions as to how certain amounts are to be calculated, characterized, claimed and apportioned. Some of these assumptions will suggest or dictate other calculations or claims that must, or should reasonably, be made. Thus, in this case the Appellant, assuming that it was entitled to a substantial investment tax credit for 1974, did not deduct all of the capital cost allowance which was available in 1974 because to do so would have reduced the Appellant's income, taxable income and resulting tax against which the investment tax credit was to be applied. Conversely, the only prudent decision for the Appellant, if it was not entitled to the investment tax credit for 1974, was to deduct such amount of capital cost allowance as would minimize its tax liability for 1974.

There is no opportunity, in preparing a tax return, for the taxpayer to claim in the alternative. Thus, an honest and prudent taxpayer, such as the Appellant, may file a tax return making certain legal or factual assumptions, only to find later that those assumptions are not well founded in law or in fact.

It should be noted that the issue of capital cost allowances in 1974 was not the subject of any objection by the Company prior to trial. It arose for the first time in the form of an amendment to the pleadings at trial, and, indeed, a large part of Keith J.'s reasons is concerned with whether such

c) *La déclaration d'impôt de 1974*

La dernière demande de l'appelante est un plaider subsidiaire à toutes ses autres prétentions. Si, pour une raison quelconque, on refuse de lui accorder le crédit d'impôt à l'investissement de 1974, elle demande alors à la Cour:

... si l'appelante a le droit de déduire dans le calcul de son revenu en 1974 une allocation supplémentaire du coût en capital (supérieure à l'allocation du coût en capital déduite dans la déclaration de revenu de l'appelante pour 1974) jusqu'à concurrence du montant maximal permis par la loi ontarienne et ses règlements?

À l'appui de sa demande, Mattabi souligne qu'elle n'a pas réclamé la déduction maximale pour amortissement en 1974 parce qu'elle avait présumé qu'elle recevrait le crédit d'impôt et ne voulait pas réduire l'impôt auquel le crédit serait appliqué. Elle formule ainsi sa demande de redressement:

[TRADUCTION] En préparant sa déclaration d'impôt en application de la loi ontarienne, chaque société doit forcément poser un certain nombre d'hypothèses quant à la façon dont certains montants doivent être calculés, qualifiés, réclamés et répartis. Certaines de ces hypothèses inciteront ou obligeront la société à effectuer d'autres calculs ou réclamations qui doivent, ou devraient raisonnablement, être faits. Ainsi, en l'espèce, l'appelante, présumant qu'elle avait droit à un important crédit d'impôt à l'investissement pour 1974, n'a pas déduit toute l'allocation du coût en capital disponible en 1974 parce qu'elle aurait alors réduit son revenu, son revenu imposable et l'impôt qui en découle et auquel le crédit d'impôt à l'investissement devait être appliqué. Inversement, la seule décision prudente que pouvait prendre l'appelante, si elle n'avait pas droit au crédit d'impôt à l'investissement pour 1974, était de déduire le montant de l'allocation du coût en capital qui réduirait ses obligations fiscales en 1974.

Quand il prépare une déclaration d'impôt, le contribuable ne peut faire deux choix à la fois. Par conséquent, un contribuable honnête et prudent, comme l'appelante, peut produire une déclaration d'impôt en posant certaines hypothèses juridiques ou factuelles et ne constater que plus tard que ces hypothèses ne sont pas bien fondées en droit ou en fait.

Il convient de souligner qu'avant le début de l'instance la compagnie n'a formulé aucune opposition concernant cette question de la déduction pour amortissement en 1974. La question a été soulevée pour la première fois à l'occasion d'une demande de modification des actes de procédure présentée

an amendment could be allowed. The view that I take of this matter makes it unnecessary to go into this question. I will assume that the amendment to the pleadings can be made, but I do not think the appellant can succeed in its amended claim.

The hurdle that the Company must overcome on this issue is, as with the other claims, that it cannot cite any statutory provision by which the government is required to accept this amendment. Indeed, these provisions militate against the claim because Ontario Regulation 350/73, cited above, requires that the same capital cost allowance be claimed in the provincial return as is claimed in the federal return. The Company would therefore have to attempt a revision of its 1974 federal return which I do not think it is entitled to do at this stage.

A second reason for not allowing this claim at this stage is that, as the appellant concedes, the result would be that it has overstated its capital cost allowances for 1975 and 1976. The time limit for objections and appeals for those years has expired but a re-assessment would have to take place. Again, returns made to the federal government, not a party to this appeal, would also have to be revised.

I am not suggesting here that the Minister could not, if he wished, allow changes to the 1974 return provided he conformed to the requirements of Ontario Regulation 350/73. The issue before this Court is whether he can be compelled to do so. The only cases cited to us by the appellant go to the issue of whether the amendment could be added to the pleadings at trial and I have already noted that I am prepared to assume, without deciding, that it can. But accepting the amend-

pendant l'instance et le juge Keith a d'ailleurs consacré une grande partie de ses motifs à la question de savoir si une telle modification pouvait être permise. Étant donné mon opinion sur cette affaire, il n'est pas nécessaire de traiter de cette question. Je tiens pour acquis que la modification des actes de procédure peut être faite, mais je ne crois pas que l'appelante puisse avoir gain de cause au sujet de sa demande modifiée.

La difficulté que doit surmonter la compagnie concernant cette question, tout comme les autres demandes, est qu'elle ne peut citer aucune disposition législative obligeant le gouvernement à accepter cette modification. Ces dispositions vont d'ailleurs à l'encontre de sa demande puisque le règlement ontarien 350/73, reproduit plus haut, exige que le contribuable réclame dans sa déclaration d'impôt provinciale la même déduction pour amortissement que celle réclamée dans la déclaration fédérale. Il faudrait alors que la compagnie tente de faire réviser sa déclaration fédérale de 1974 et je ne crois pas qu'elle soit autorisée à le faire à cette étape-ci.

La deuxième raison pour laquelle cette demande ne peut être accueillie à cette étape-ci est que, l'appelante le reconnaît, il en résulterait qu'elle aurait exagéré le montant de ses déductions pour amortissement en 1975 et 1976. Le délai applicable aux oppositions et aux appels à l'égard de ces années est expiré mais une nouvelle cotisation devrait avoir lieu. Encore une fois, les déclarations produites auprès du gouvernement fédéral, qui n'est pas partie à ce pourvoi, devraient également être révisées.

Je ne laisse pas entendre ici que le Ministre ne pourrait pas, s'il le voulait, permettre que des modifications soient apportées à la déclaration de 1974, à la condition qu'il se conforme aux exigences du règlement ontarien 350/73. La question en litige devant la Cour est de savoir s'il peut être obligé de le faire. Les seules décisions que nous a citées l'appelante portent sur la question de savoir si une modification pouvait être apportée aux actes de procédure à l'audience et j'ai déjà souligné que je suis disposée à présumer, sans toutefois décider, que cela est possible. Mais l'acceptation de la modification ne doit pas être confondue avec l'ac-

ment is not the same as allowing the claim and on the principal point I would agree with Robins J.A. in the Court of Appeal (at p. 572):

Neither the applicable statutory provisions or the case law to which we were referred lend support, in my view, to the contention that the Company, having failed in that course, is now entitled to compel the Minister to permit it to adopt an approach to its 1974 tax accounting wholly unrelated to the matters in issue in its appeal from the Minister's reassessment. [Emphasis added.]

VI Disposition

For all the foregoing reasons I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Miller, Thomson, Sedgewick, Lewis & Healy, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Minister of Revenue (Ontario), Toronto.

ception de la demande, et concernant la question principale, je partage l'opinion exprimée par le juge Robins de la Cour d'appel (à la p. 572):

[TRADUCTION] À mon avis, ni les dispositions législatives applicables ni la jurisprudence qui nous a été soumise n'appuient la prétention que la compagnie, ayant échoué à cet égard, peut maintenant obliger le Ministre à lui permettre d'adopter une méthode de calcul de son impôt pour 1974, tout à fait étrangère aux questions en litige dans son appel de la nouvelle cotisation établie par le Ministre. [Je souligne.]

VI Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Miller, Thomson, Sedgewick, Lewis & Healy, Toronto.

Procureur de l'intimé: Le ministre du Revenu (Ontario), Toronto.

Newfoundland Association of Public Employees *Appellant*

v.

Her Majesty's Attorney General of Newfoundland and William Chafe *Respondents*

INDEXED AS: NEWFOUNDLAND (ATTORNEY GENERAL) V. N.A.P.E.

File No.: 19194.

1988: March 3; 1988: October 20.

Present: Dickson C.J. and Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND

Courts — Criminal contempt — Court-house being picketed during legal strike — Member of striking union crossing picket line to work at court-house — Union commencing internal disciplinary action — Whether or not picketing of court-house during lawful strike constituting criminal contempt — Whether or not union had lawful right to proceed with internal disciplinary action.

Respondent Chafe, a member of appellant Association, crossed a picket line set up by the Association on his way to work at the court-house. The picket line had been established in front of the court-house during the course of a legal strike in 1978. When the Association was about to commence disciplinary action, the respondents sought (i) a declaratory order that any place where a court sits is not a place where a picket line may be set up or maintained and (ii) a mandatory injunction restraining the Association from proceeding further with its disciplinary action. The injunction was granted *ex parte* and the order was made permanent after a hearing. The Newfoundland Court of Appeal unanimously rejected the Association's appeal. This appeal raised two issues. The first was whether picketing a court-house in the course of a lawful strike constituted criminal contempt of court. The second was whether the Union had the lawful right to proceed with its charge and with its proposed discipline hearings against Mr. Chafe.

Held: The appeal should be dismissed.

* Estey J. took no part in the judgment.

Newfoundland Association of Public Employees *Appelant*

c.

a Le procureur général de Terre-Neuve et William Chafe *Intimés*

RÉPERTORIÉ: TERRE-NEUVE (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. N.A.P.E.

N° du greffe: 19194.

1988: 3 mars; 1988: 20 octobre.

c Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

d

Tribunaux — Outrage criminel — Piquetage devant un palais de justice au cours d'une grève légale — Un membre du syndicat en grève a traversé la ligne de piquetage pour se rendre à son travail au palais de justice — Mesures disciplinaires internes entreprises par le syndicat — Le piquetage devant un palais de justice au cours d'une grève légale constitue-t-il un outrage criminel? — Le syndicat avait-il le droit de prendre des mesures disciplinaires internes?

f

L'intimé Chafe, membre du syndicat appelant, a traversé une ligne de piquetage dressée par le syndicat en se rendant à son travail au palais de justice. La ligne de piquetage avait été établie devant le palais de justice au cours d'une grève légale en 1978. Au moment où le syndicat devait commencer à prendre des mesures disciplinaires, les intimés ont demandé (i) une ordonnance déclarant que tout endroit où siège un tribunal est un lieu devant lequel aucune ligne de piquetage ne peut être dressée ou maintenue et (ii) une injonction interdisant au syndicat de donner suite à ses mesures disciplinaires. L'injonction a été accordée *ex parte* et, à la suite d'une audience, l'injonction a été rendue permanente. La Cour d'appel de Terre-Neuve a rejeté l'appel du syndicat à l'unanimité. Ce pourvoi soulève deux questions. La première est de savoir si faire du piquetage devant un palais de justice au cours d'une grève légale constitue un outrage tribunal criminel. La seconde est de savoir si le syndicat a le droit de donner suite à ses accusations et à ses audiences disciplinaires prévues contre M. Chafe.

j

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

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

The picketing here constituted a criminal contempt of court. Notwithstanding the fact that the strike was legal, the fact that the picket line was intended by the Association as a barrier to the court-house brought this case squarely within *B.C.G.E.U. v. British Columbia* (Attorney General).

Since the picket line itself constituted a criminal contempt, the appellant association had no right in law to discipline one of its members for ignoring its unlawful plea not to cross the picket line. The Association may have every right to enforce solidarity and respect for lawful picket lines but it cannot exercise such disciplinary authority to enforce respect for a picket line which is itself unlawful.

Cases Cited

Applied: *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214.

Statutes and Regulations Cited

Public Service (Collective Bargaining Act), 1973, S.N. 1973, No. 123.

Authors Cited

Newfoundland Association of Public Employees. *Constitution of the Newfoundland Association of Public Employees*. Article III, s. 8(a)(xiii).

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1984), 50 Nfld. & P.E.I.R. 139, 149 A.P.R. 139, 14 D.L.R. (4th) 323, dismissing an appeal from a judgment of Noel J. Appeal dismissed.

V. Randell J. Earle, for the appellant.

Leslie R. Thoms, for the respondent the Attorney General of Newfoundland.

William H. Goodridge, for the respondent William Chafe.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal raises an issue as to the right of a labour union to place a picket line in front of a court-house and to discipline someone, who is a member of the court staff and member of the striking union, for crossing the picket line.

En l'espèce le piquetage constituait un outrage criminel au tribunal. Bien que la grève fût légale, il découle du fait que le syndicat voulait que la ligne de piquetage fasse obstacle devant le palais de justice que la présente espèce est clairement réglée par l'arrêt *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*.

Puisque la ligne de piquetage elle-même constituait un outrage criminel, le syndicat appelant n'était pas fondé en droit à prendre des mesures disciplinaires contre un de ses membres parce qu'il n'a pas tenu compte de la demande illégale de ne pas traverser la ligne de piquetage. Le syndicat peut avoir tout à fait le droit de faire respecter la solidarité et ses lignes de piquetage légales, mais il ne peut exercer ce pouvoir disciplinaire pour faire respecter une ligne de piquetage qui est elle-même illégale.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214.

Lois et règlements cités

Public Service (Collective Bargaining Act), 1973, S.N. 1973, No. 123.

Doctrine citée

Newfoundland Association of Public Employees. *Constitution of the Newfoundland Association of Public Employees*. Article III, s. 8(a)(xiii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1984), 50 Nfld. & P.E.I.R. 139, 149 A.P.R. 139, 14 D.L.R. (4th) 323, qui a rejeté un appel contre un jugement du juge Noel. Pourvoi rejeté.

V. Randell J. Earle, pour l'appellant.

Leslie R. Thoms, pour l'intimé le procureur général de Terre-Neuve.

William H. Goodridge, pour l'intimé William Chafe.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Le présent pourvoi porte sur le droit d'un syndicat de dresser une ligne de piquetage devant un palais de justice et de soumettre à des mesures disciplinaires une personne qui est membre du personnel de la cour et membre du syndicat en grève, parce qu'elle a traversé la ligne de piquetage.

I

Facts

In the course of a legal strike of the general service workers of the Newfoundland Association of Public Employees, Local 7104 beginning on September 18, 1978, the services of all Newfoundland government employees in the bargaining unit, except certain supervisory personnel and others required for essential services, were withdrawn. Included in the bargaining unit was the staff of the Supreme Court of Newfoundland. The court employees had not been designated as "essential" pursuant to *The Public Service (Collective Bargaining Act)*, 1973, S.N. 1973, No. 123. The services of the members of the Association working at the Supreme Court were withdrawn with the exception of certain supervisory personnel. The striking employees picketed the court-house in St. John's as part of their strike action.

William Chafe, a member of the Association and a bailiff employed at the court, crossed the picket line on the day it was set up, in order to perform his employment duties within the court. The constitution of the Association of Public Employees provides in paragraph 8(a)(xiii) of Article III that every member of a bargaining unit who refuses to respect a picket line during a legal strike is guilty of an offence for which he or she may be convicted and reprimanded, fined, removed from office, suspended or expelled. A charge under this provision in the constitution was brought against Mr. Chafe for having crossed the picket line and he was informed that his "trial" would be held before a committee of the Association on December 12, 1978.

On the day the disciplinary hearing was to commence, the Attorney General of Newfoundland and Chafe issued an originating summons seeking a declaratory order "that the Court House, Duckworth Street, St. John's or any other place where a Court sits is not a place at which a picket line may be established, set up, or maintained in that it is an interference with the administration of justice". The plaintiffs also sought a mandatory

I

Les faits

Au cours d'une grève légale des employés des services généraux de la Newfoundland Association of Public Employees, section locale 7104, (ci-après appelé le «syndicat»), qui a commencé le 18 septembre 1978, il y a eu débrayage de tous les employés du gouvernement de Terre-Neuve faisant partie de l'unité de négociation, sauf certains membres du personnel d'encadrement et d'autres employés requis pour les services essentiels. Le personnel de la Cour suprême de Terre-Neuve faisait partie de l'unité de négociation. Les employés de la cour n'avaient pas été désignés comme «essentiels» conformément à *The Public Service (Collective Bargaining Act)*, 1973, S.N. 1973, No. 123. Les membres du syndicat travaillant à la Cour suprême ont débrayé, sauf certains membres du personnel d'encadrement. Le piquetage devant le palais de justice à St. John's faisait partie des activités de grève.

William Chafe, membre du syndicat et huissier employé par la cour, a traversé la ligne de piquetage le jour où elle a été dressée, pour aller travailler à la cour. La constitution du syndicat des fonctionnaires prévoit à l'al. 8a)(xiii) de l'article III que tout membre d'une unité de négociation qui refuse de respecter une ligne de piquetage pendant une grève légale est coupable d'une infraction à l'égard de laquelle il peut être reconnu coupable et réprimandé, mis à l'amende, congédié, suspendu ou expulsé. En vertu de cette disposition, M. Chafe a été accusé d'avoir traversé la ligne de piquetage et il a été avisé que son «procès» aurait lieu devant un comité du syndicat le 12 décembre 1978.

Le jour où l'audience disciplinaire devait commencer, le procureur général de Terre-Neuve et Chafe ont produit un acte introductif d'instance pour faire déclarer que [TRADUCTION] «le Palais de justice, Duckworth Street, St. John's, ou tout autre endroit où siège un tribunal est un lieu devant lequel aucune ligne de piquetage ne peut être établie, dressée ou maintenue car elle constitue une entrave à l'administration de la justice».

injunction restraining the defendant association from proceeding further against Mr. Chafe for the alleged disciplinary offence. Noel J. granted the injunction *ex parte* and, following a hearing held on January 10, 1979, Noel J. made the injunction order permanent. He held that the Association should be enjoined from proceeding with its disciplinary proceedings against Chafe. The Association appealed to the Newfoundland Court of Appeal and that Court unanimously dismissed the appeal. Leave to appeal to this court was subsequently granted.

II

Judgments

Noel J. (unreported)

In brief oral reasons, Noel J. held that inducements to an officer of the court to depart from his duty constituted a criminal contempt of court and that the court had ample powers to ensure that its officers were protected in the performance of their duties. Noel J. indicated that such powers were not for the purpose of vindicating the dignity of the court or of the person of the officer, but rather to prevent undue interference with the administration of justice.

Newfoundland Court of Appeal (reported at (1984), 14 D.L.R. (4th) 323)

The Association appealed to the Newfoundland Court of Appeal on the ground *inter alia* that the Attorney General was not a proper party to the action, that the judge had erred in restraining the appellant Association from carrying out its internal disciplinary procedure and that the judge had erred in finding the respondent Chafe was an officer of the court. Chafe cross-appealed on the ground that the trial judge erred in failing expressly to find that the appellant did not have the right to discipline him internally under the union constitution for failure to respect the picket line.

All three judges of the Court of Appeal agreed that the appeal should be dismissed. Morgan J.A. stated that implicit in Noel J.'s order was the proposition that the establishment of a picket line

Les demandeurs ont également sollicité une injonction pour interdire au syndicat défendeur de poursuivre les procédures contre M. Chafe relativement à l'infraction disciplinaire alléguée. Le juge Noel a accordé l'injonction *ex parte* et, à la suite d'une audience tenue le 10 janvier 1979, il a rendu l'injonction permanente. Il a jugé qu'il fallait interdire au syndicat de continuer ses procédures disciplinaires contre Chafe. Le syndicat en a appelé à la Cour d'appel de Terre-Neuve qui a rejeté l'appel à l'unanimité. Une autorisation de pourvoi a par la suite été accordée.

II

Les jugements

Le juge Noel (inédit)

Dans de brefs motifs oraux, le juge Noel a conclu qu'inciter un officier de justice à ne pas exécuter ses fonctions constituait un outrage criminel au tribunal et que le tribunal avait amplement les pouvoirs pour veiller à la protection de ses officiers dans l'exécution de leurs fonctions. Le juge Noel a indiqué que ces pouvoirs ne visaient pas à faire respecter la dignité de la cour ou de la personne de l'officier, mais plutôt à empêcher une entrave indue à l'administration de la justice.

La Cour d'appel de Terre-Neuve (publié à (1984), 14 D.L.R. (4th) 323)

Le syndicat en a appelé à la Cour d'appel de Terre-Neuve, invoquant entre autres moyens que le procureur général ne pouvait pas être partie à l'action, que le juge avait commis une erreur en interdisant au syndicat appelant d'appliquer ses procédures disciplinaires internes et en concluant que l'intimé Chafe était un officier de justice. Chafe a formé un appel incident invoquant comme moyen que le juge de première instance avait commis une erreur en refusant expressément de conclure que l'appelant n'avait pas le droit de prendre des mesures disciplinaires internes contre lui en vertu de la constitution du syndicat pour non-respect de la ligne de piquetage.

Les trois juges de la Cour d'appel ont tous convenu que l'appel devait être rejeté. Selon le juge Morgan, il était implicite dans l'ordonnance du juge Noel que l'établissement d'une ligne de

at the entrance to a court-house constituted a criminal contempt, designed to induce officers of the court to refrain from carrying out their duties. While the appellant contended that the strike was lawful, Morgan J.A. held that the real issue was whether the appellant's conduct in establishing a picket line at the court-house constituted a criminal contempt; if so, none of the arguments of the appellant could prevail. Morgan J.A. referred to the well-settled principle that acts tending to obstruct or interfere with the administration of the justice constitute a criminal contempt; he referred as well to the inherent jurisdiction of the superior courts to punish for such contempt. Morgan J.A. said at p. 329:

The question also arises as to whether the establishment of a picket line at the entrance to a court-house obstructs or tends to obstruct the open administration of justice as submitted by the Attorney-General. That question was considered in *Re British Columbia Government Employees Union et al. and A.-G. B.C. et al.* (1983), 2 D.L.R. (4th) 705, [1984] 1 W.W.R. 399, 48 B.C.L.R. 5.

Morgan J.A. referred at length to the reasons of McEachern C.J.S.C. in the *British Columbia Government Employees' Union* case and stated that the principles enunciated by McEachern C.J.S.C. could be applied in the present case. He concluded at p. 330:

Any conduct which is calculated to prevent or hinder, in their access to the court, any litigant or witness or any person whomsoever having business in the court or desirous of entering for the purpose of hearing what is going on, constitutes a contempt of court. In my view the placing of a picket line at the entrance to the court-house falls within that category.

In *Balogh v. Crown Court at St. Albans*, [1974] 3 All E.R. 283 (C.A.), Lord Denning M.R., as illustrative of the power of a judge to punish summarily of his own motion for contempt in certain prescribed circumstances, stated at pp. 287-8:

This power has been inherited by the judges of the High Court and in turn by the judges of the Crown Court. To show the extent of it, I will give some instances:

piquetage à l'entrée d'un palais de justice constituait un outrage criminel destiné à inciter les officiers de justice à ne pas s'acquitter de leurs devoirs. Bien que l'appellant ait prétendu que la grève était légale, le juge Morgan a conclu que la vraie question était de savoir si la conduite de l'appellant, qui a dressé une ligne de piquetage devant le palais de justice, constituait un outrage criminel; dans l'affirmative, aucun des arguments de l'appellant ne pouvait réussir. Le juge Morgan mentionne le principe bien établi que les actes qui tendent à gêner ou à entraver l'administration de la justice constituent un outrage criminel; il mentionne également la compétence inhérente des cours supérieures de punir ce genre d'outrage. Le juge Morgan dit à la p. 329:

[TRADUCTION] Il faut également déterminer si l'établissement d'une ligne de piquetage à l'entrée d'un palais de justice gêne ou tend à gêner l'administration publique de la justice comme le prétend le procureur général. Cette question a été examinée dans *Re British Columbia Government Employees Union et al. and A.-G. B.C. et al.* (1983), 2 D.L.R. (4th) 705, [1984] 1 W.W.R. 399, 48 B.C.L.R. 5.

Le juge Morgan mentionne de longs extraits des motifs du juge en chef McEachern de la Cour suprême dans l'affaire *British Columbia Government Employees' Union* et déclare que les principes formulés par ce dernier pouvaient s'appliquer en l'espèce. Il conclut à la p. 330:

[TRADUCTION] Constitue un outrage au tribunal toute conduite qui vise à empêcher ou à gêner l'accès au tribunal de toute partie, tout témoin ou toute autre personne qui y a affaire ou qui désire y entrer aux fins d'entendre ce qui s'y passe. À mon avis, l'établissement d'une ligne de piquetage à l'entrée du palais de justice relève de cette catégorie.

Dans l'arrêt *Balogh v. Crown Court at St. Albans*, [1974] 3 All E.R. 283 (C.A.), le maître des rôles lord Denning donne des exemples du pouvoir d'un juge de punir de manière sommaire, de son propre chef, l'outrage commis dans certaines circonstances précises, en ces termes, aux pp. 287 et 288:

Ce pouvoir a été dévolu aux juges de la High Court puis aux juges de la Crown Court. Pour en montrer l'étendue, je donnerai quelques exemples:

(ii) *Within the court room but not seen by the judge*—At the Old Bailey a man distributed leaflets in the public gallery inciting people to picket the place. A member of the public reported it to a police officer, who reported it to the judge. The offender denied it. Melford Stevenson J immediately heard the evidence on both sides. He convicted the offender and sentenced him to seven days' imprisonment. The man appealed to this court. His appeal was dismissed (*Lecoite v. Courts' Administrator of the Central Criminal Court*)" (February 8, 1973; Bar Library Transcript No. 57A of 1973).

Morgan J.A. held that the Attorney General of Newfoundland was a proper party to launch the proceeding, that Chafe was an officer of the court, and accordingly, he dismissed the appeal.

Mahoney J.A. agreed, placing extensive reliance upon the reasons of McEachern C.J.S.C. in the *British Columbia Government Employees' Union* case. Mahoney J.A. held that the matter could not be characterized as a purely internal matter between the union and its member, as no union could contract with its members to do any act which interfered with the administration of justice. He said at p. 337:

Prohibiting access to the court-house to William Chafe interfered with the service of court process and the enforcement of court orders and interfered with the administration of justice generally. The establishment of the picket line at the court-house in this case constituted a criminal contempt of court.

Mahoney J.A. held that the cross-appeal of Chafe was unnecessary as the trial judge had in effect given him the relief he sought.

Mifflin C.J.N. agreed with Morgan J.A. In the view of the Chief Justice, the establishment of a picket line at the entrance to a court-house was an interference with the open administration of justice, and, thus, is in itself a contempt of court. The Chief Justice added at p. 325:

It cannot be said that the failure of William Chafe to respect the picket line, be he an officer of the court or simply a member of the appellants' association, could

(ii) *Dans la salle d'audience mais hors de la vue du juge* — À Old Bailey, un homme distribuait dans la galerie du public des tracts qui incitaient les gens à piqueter les lieux. Un membre du public l'a signalé à un agent de police qui l'a signalé au juge. Le contrevenant a nié. Le juge Melford Stevenson a immédiatement entendu la preuve des deux côtés. Il a reconnu le contrevenant coupable et l'a condamné à sept jours de prison. L'homme en a appelé à cette cour. Son appel a été rejeté (*Lecoite v. Courts' Administrator of the Central Criminal Court*)» (le 8 février 1973; Bar Library Transcript No. 57A of 1973).

Le juge Morgan a conclu que le procureur général de Terre-Neuve était une partie qui avait qualité pour intenter la procédure, que Chafe était un officier de justice et, en conséquence, il a rejeté l'appel.

Le juge Mahoney exprime son accord, se fondant largement sur les motifs du juge en chef McEachern dans l'affaire *British Columbia Government Employees' Union*. Le juge Mahoney conclut qu'on ne pouvait pas dire qu'il s'agissait d'une affaire purement interne entre le syndicat et son membre, car aucun syndicat ne peut convenir par contrat avec ses membres d'accomplir un acte qui entrave l'administration de la justice. Il dit à la p. 337:

[TRADUCTION] Empêcher William Chafe d'avoir accès au palais de justice entravait la signification des brefs et l'exécution des ordonnances de la cour et entravait l'administration de la justice de façon générale. L'établissement d'une ligne de piquetage devant le palais de justice constituait en l'espèce un outrage criminel au tribunal.

Le juge Mahoney conclut que l'appel incident de Chafe était inutile vu que le juge de première instance lui avait en effet accordé le redressement recherché.

Le juge en chef Mifflin a été du même avis que le juge Morgan. De l'avis du Juge en chef, l'établissement d'une ligne de piquetage à l'entrée d'un palais de justice est une entrave à l'administration publique de la justice et, ainsi, constitue en soi un outrage au tribunal. Le Juge en chef ajoute à la p. 325:

[TRADUCTION] On ne peut pas dire qu'en franchissant la ligne de piquetage William Chafe, fût-il officier de justice ou simple membre du syndicat appelant, pourrait

leave him open to jeopardy of disciplinary action by the association. I cannot conceive of a situation where one could be disciplined for refusing to countenance an illegal act. *A fortiori*, an officer of the court cannot be subjected to disciplinary action for refusing to respect an illegal picket line regardless of any disciplinary procedures in the constitution of the association.

The Chief Justice concluded by saying that the Attorney General was without question a proper party to the proceedings in that the responsibility for the administration of justice reposed in him.

III

The Issue

The issue presented by this case is not whether there was a right to strike, nor is the issue whether Mr. Chafe was under a legal duty to ignore the strike action and the picket line and report for work. There is no need to canvas either question. This appeal raises two issues. The first is whether picketing a court-house in the course of a lawful strike constitutes criminal contempt of court. The second is whether the Union has the lawful right to proceed with its charge and with its proposed discipline hearings against Mr. Chafe.

The precise wording of the charge against Chafe is that he did "commit an offence against the constitution of the Newfoundland Association of Public Employees in that he did refuse to respect a picket line of local 7104 of the Nfld Association of Public Employees during a legal Association strike at the Court House, Duckworth St, St. John's, Nfld". The respondents contend that the Association lacks lawful authority to proceed with such a charge because the picketing itself was illegal.

The first issue in the case at bar is the same as that presented in *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, namely, does picketing which impedes access to the courts of justice constitute a criminal contempt of court. There is no question in the present case but that the strike was a lawful one. However, for the reasons given in the *B.C.G.E.U.* case, the legality of the strike does not render legal picketing which

s'exposer à des mesures disciplinaires de la part du syndicat. Je ne peux imaginer de situation où une personne pourrait faire l'objet de mesures disciplinaires pour avoir refusé d'approuver un acte illégal. À fortiori, un officier de justice ne peut faire l'objet de mesures disciplinaires pour avoir refusé de respecter une ligne de piquetage illégale, peu importe les procédures disciplinaires prévues dans les statuts du syndicat.

Le Juge en chef termine en disant que le procureur général pouvait indubitablement être partie aux procédures étant donné que l'administration de la justice lui incombe.

III

La question en litige

La question en litige en l'espèce n'est pas de savoir s'il y avait un droit de grève ni si M. Chafe avait l'obligation légale de ne pas tenir compte de la grève et de la ligne de piquetage et de se rendre à son travail. Il n'est pas nécessaire d'examiner l'un ou l'autre point. Le pourvoi soulève deux questions. La première est de savoir si faire du piquetage devant un palais de justice pendant une grève légale constitue un outrage criminel au tribunal. La seconde est de savoir si le syndicat a le droit de donner suite à ses accusations et à ses audiences disciplinaires prévues contre M. Chafe.

L'accusation contre Chafe porte qu'il a [TRA-DUCTION] «enfreint les statuts de la Newfoundland Association of Public Employees en refusant de respecter une ligne de piquetage de la section locale 7104 de la Newfoundland Association of Public Employees pendant une grève légale du syndicat au Palais de justice, Duckworth Street, St. John's, Terre-Neuve». Les intimés soutiennent que le syndicat n'a pas le pouvoir de donner suite à ces accusations parce que le piquetage lui-même était illégal.

La première question en l'espèce est la même que celle de l'affaire *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, savoir si le piquetage qui gêne l'accès aux cours de justice constitue un outrage criminel au tribunal. Il n'y a aucun doute en l'espèce que la grève était légale. Cependant, pour les motifs donnés dans l'arrêt *B.C.G.E.U.*, la légalité de la grève ne rend pas légal un piquetage qui entrave

would interfere with the administration of justice. It is clear from the facts of the present case that the picket line was intended by the Association as a barrier to the court-house. Mr. Chafe was faced with serious disciplinary charges for his insistence upon crossing the line and entering the court-house. This brings it squarely within the holding in the *B.C.G.E.U.* case and it follows that the picketing constituted a criminal contempt of court.

If the picket line itself constituted a criminal contempt, the appellant association can have no right in law to discipline one of its members for ignoring its unlawful plea. As was pointed out in the reasons in the *B.C.G.E.U.* case, the Association and its constitution are subject to the law of the land. While the Association may have every right to enforce solidarity and respect for lawful picket lines, it cannot exercise such disciplinary authority to enforce respect for a picket line which is itself unlawful.

It should be emphasized that this judgment does not in any way order any individual or group of individuals back to work nor does it hold that the strike itself was unlawful, nor does it hold that Mr. Chafe was obliged to ignore the picket line and report for duty despite the strike. Mr. Chafe made his own decision to ignore the strike and to report for work. The simple point to be decided by the Court is whether he can be subjected to disciplinary proceedings by reason of his action, in light of the fact that the picket line itself constituted a criminal contempt of court. In my view the answer to that question must be in the negative. In the absence of illegality, the appellant union had a right to discipline Mr. Chafe in accordance with its constitution. In the absence of illegality the appellant's argument would be unanswerable. In the circumstances of this case, however, the picketing of the court-house was illegal, a criminal contempt of court, and the appellant, in my view, could properly be enjoined from disciplining a member for that member's decision to cross an illegal picket line.

l'administration de la justice. Les faits de la présente espèce montrent clairement que le syndicat voulait que la ligne de piquetage fasse obstacle devant le palais de justice. Monsieur Chafe faisait face à des mesures disciplinaires graves pour avoir forcé son passage à travers la ligne et être entré dans le palais de justice. La conclusion de l'arrêt *B.C.G.E.U.* règle donc clairement la présente espèce et il s'ensuit que le piquetage constitue un outrage criminel au tribunal.

Si la ligne de piquetage elle-même constitue un outrage criminel, le syndicat appelant ne peut être fondé en droit à prendre des mesures disciplinaires contre un de ses membres parce qu'il n'a pas tenu compte de sa demande illégale. Comme on l'a souligné dans l'affaire *B.C.G.E.U.*, le syndicat et ses statuts sont soumis à la loi du pays. Le syndicat peut avoir tout à fait le droit de faire respecter la solidarité et ses lignes de piquetage légales, mais il ne peut exercer ce pouvoir disciplinaire pour faire respecter une ligne de piquetage qui est elle-même illégale.

Il faut souligner que le présent jugement n'ordonne en aucune façon à une personne ou à un groupe de retourner au travail, qu'il ne conclut pas que la grève elle-même était illégale ni que M. Chafe avait l'obligation de ne pas tenir compte de la ligne de piquetage et de se présenter au travail malgré la grève. Monsieur Chafe a pris sa propre décision de ne pas tenir compte de la grève et de se rendre au travail. Le seul point que cette Cour est appelée à trancher est de savoir s'il peut faire l'objet de procédures disciplinaires en raison de son geste, compte tenu du fait que la ligne de piquetage elle-même constituait un outrage criminel au tribunal. À mon avis, la réponse à cette question doit être négative. S'il n'y avait pas eu d'illégalité, le syndicat appelant aurait eu le droit de prendre des mesures disciplinaires contre M. Chafe conformément à ses statuts. S'il n'y avait pas eu d'illégalité, l'argument de l'appelant aurait été inattaquable. Dans les circonstances de l'espèce cependant, le piquetage du palais de justice était illégal, un outrage criminel au tribunal, et, à mon avis, on peut à bon droit interdire à l'appelant de prendre des mesures disciplinaires contre un membre parce que ce dernier avait décidé de traverser une ligne de piquetage illégale.

Counsel for the appellant stressed that in their *ex parte* application for injunctive relief and at the later contested court hearing, the Attorney General for the Province of Newfoundland and William Chafe did not enter any evidence establishing that the picketing of the court-house had interfered with persons entering or leaving the court-house or that the picketing had interrupted or affected any of the court proceedings. It was said that there was no evidence of intimidation, coercion, or violence to establish actual or probable interference with the administration of justice. In the *B.C.G.E.U.* case the picketing was peaceful; there was no violence or threats of violence. The argument presented in the case at bar was presented in that case, and rejected at pp. 16-17:

The very purpose and intent of the picket line in a labour dispute is to discourage and dissuade individuals from entering the premises which are being picketed

A picket line *ipso facto* impedes public access to justice. It interferes with such access and is intended to do so. A picket line has great powers of influence as a form of coercion. As Stewart J. said in *Heather Hill Appliances Ltd. v. McCormack*, [1966] 1 O.R. 12 (Ont. H.C.) at p. 13:

The picket line has become the sign and symbol of trade union solidarity and gradually became a barrier—intangible but none the less real. It has now become a matter of faith and morals and an obligation of conscience not to breach the picket line and this commandment is obeyed not only by fellow employees of the picketers but by all true believers who belong to other trade unions which may have no quarrel at all with the employer who is picketed.

Counsel for the appellant states that the case law dealing with the criminal contempt power of the court describes it as an inherent power of a superior court to maintain its authority and prevent its process from being obstructed and abused. That is a correct statement of the case law, as the authorities which counsel cites, make clear. Counsel then adds: "The Courts are not by this power to have a perfect existence [*sic*] free from the vicissitudes [*sic*] of everyday life". This statement pays scant heed to the point made repeatedly in the case law, that the power to punish for criminal con-

L'avocat de l'appelant fait valoir que, dans leur demande *ex parte* d'injonction et à l'audience subséquente devant la cour, le procureur général de Terre-Neuve et William Chafe n'ont présenté aucune preuve établissant que le piquetage du palais de justice avait entravé la circulation au palais de justice ou que le piquetage avait interrompu ou gêné des procédures judiciaires. Il ajoute qu'il y n'avait aucune preuve d'intimidation, de contrainte ou de violence établissant une entrave réelle ou probable de l'administration de la justice. Dans l'affaire *B.C.G.E.U.*, le piquetage était paisible; il n'y a eu aucune violence ou menace de violence. L'argument présenté ici l'a également été dans cette affaire-là et a été rejeté aux pp. 16 et 17:

L'objet même d'une ligne de piquetage dans un conflit de travail est de décourager et de dissuader les gens d'entrer dans les locaux visés par le piquetage . . .

Une ligne de piquetage gêne *ipso facto* l'accès du public à la justice. Elle entrave cet accès et c'est à dessein. Une ligne de piquetage a de grands pouvoirs d'influence comme forme de coercition. Comme l'a dit le juge Stewart dans l'affaire *Heather Hill Appliances Ltd. v. McCormack*, [1966] 1 O.R. 12 (H.C. Ont.), à la p. 13:

[TRADUCTION] La ligne de piquetage est devenue le signe et le symbole de la solidarité syndicale, acquérant graduellement le caractère d'une barrière — intangible mais non moins réelle. Le respect de la ligne de piquetage est devenu une question de foi et de moral, une obligation de conscience, un commandement auquel obéissent non seulement les collègues des piqueteurs, mais aussi tous les vrais membres convaincus d'autres syndicats qui n'ont rien à reprocher à l'employeur visé par le piquetage.

L'avocat de l'appelant affirme que la jurisprudence traitant du pouvoir des tribunaux en matière d'outrage criminel le décrit comme un pouvoir inhérent d'une cour supérieure de maintenir son autorité et d'empêcher que ses procédures fassent l'objet d'obstruction et d'abus. C'est là une formulation correcte de la jurisprudence qui ressort des décisions qu'il cite. Il ajoute ensuite: [TRADUCTION] «Les cours ne doivent pas, en vertu de ce pouvoir, avoir une existence parfaite dégagée des vicissitudes de tous les jours». Cette affirmation fait peu de cas du point souvent répété dans la

tempt is not intended to insulate the courts from life's vicissitudes; it is not intended to place the courts in Elyseum, a blessed abode free from the slings and arrows which afflict all others; it is not intended to vindicate the dignity of the courts or the judges. The point is that courts of record have from time immemorial had the power to punish for contempt those whose conduct is such as to interfere with or obstruct the due course of justice; the courts have this power in order that they may effectively defend and protect the rights and freedoms of all citizens in the only forums in which those rights and freedoms can be adjudicated, the courts of civil and criminal law. Any action taken to prevent, impede or obstruct access to the courts runs counter to the rule of law and constitutes a criminal contempt. The rule of law, enshrined in our Constitution, can only be maintained if persons have unimpeded, uninhibited access to the courts of this country.

IV

Conclusion

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed.

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

Solicitor for the respondent the Attorney General of Newfoundland: The Department of Justice, St. John's.

jurisprudence que le pouvoir de punir pour l'outrage criminel n'est pas destiné à protéger les cours contre les vicissitudes de la vie; il n'est pas destiné à placer les cours à l'Elysée, dans un lieu béni à l'abri des traits qui atteignent tous les autres; il n'est pas destiné à faire respecter la dignité des cours ou des juges. Le fait est que les cours d'archives ont eu depuis des temps immémoriaux le pouvoir de punir pour outrage ceux dont la conduite entrave ou gêne le cours normal de la justice; elles ont ce pouvoir afin de défendre et de protéger efficacement les droits et libertés de tous les citoyens dans les seuls prétoires où l'on peut statuer à leur égard, les cours civiles et criminelles. Tout ce qui empêche, entrave ou gêne l'accès aux tribunaux va à l'encontre de la primauté du droit et constitue un outrage criminel. La primauté du droit, enchâssée dans notre Constitution, ne peut être maintenue que si les gens ont un accès totalement libre aux tribunaux de ce pays.

IV

Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appellant: Wells, O'Dea, Halley, St. John's.

Procureur de l'intimé le procureur général de Terre-Neuve: Le ministère de la Justice, St. John's.

**The British Columbia Government
Employees' Union** *Appellant*

v.

The Attorney General of British Columbia
Respondent

and

The Attorney General of Canada *Intervener*

INDEXED AS: B.C.G.E.U. v. BRITISH COLUMBIA
(ATTORNEY GENERAL)

File No.: 19518.

1988: March 3; 1988: October 20.

Present: Dickson C.J. and Estey*, McIntyre, Lamer,
Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Courts — Jurisdiction — Criminal contempt — Law courts being picketed in course of legal strike — Superior court enjoining picketing — Whether or not picketing constituting criminal contempt.

Constitutional law — Charter of Rights — Law courts being picketed in course of legal strike — Superior court enjoining picketing — Whether or not injunction denying picketers' s. 7 right to liberty — Whether or not picketers' rights to be informed of specific offence and to be presumed innocent under s. 11(a) and (d) infringed — Whether or not picketers' right to freedom of expression under s. 2 infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 7, 11(a), (d).

Constitutional law — Division of powers — Criminal law and labour law — Law courts being picketed in course of legal strike — Superior court enjoining picketing — Whether or not legality of picketing placed beyond criminal law because strike lawful and picketing permitted by Labour Code — Constitution Act, 1867, s. 91(27).

Appellant union picketed all law courts in British Columbia in the course of a legal strike and hoped to reduce court activity to matters of urgency. All persons who crossed the picket line, however, were considered to

* Estey J. took no part in the judgment.

**The British Columbia Government
Employees' Union** *Appellant*

c.

^a **Le procureur général de la
Colombie-Britannique** *Intimé*

et

^b **Le procureur général du Canada** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: B.C.G.E.U. c. COLOMBIE-BRITANNIQUE
(PROCUREUR GÉNÉRAL)

N^o du greffe: 19518.

^c 1988: 3 mars; 1988: 20 octobre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé.

^d EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

Tribunaux — Compétence — Outrage criminel — Piquetage devant les palais de justice au cours d'une grève légale — Interdiction de piquetage émanant de la Cour supérieure — Le piquetage constitue-t-il un outrage criminel?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Piquetage devant les palais de justice au cours d'une grève légale — Interdiction de piquetage émanant de la Cour supérieure — L'injonction prive-t-elle les piqueteurs du droit à la liberté garanti par l'art. 7? — Y a-t-il eu violation des droits des piqueteurs d'être informés de l'infraction précise et d'être présumés innocents garantis par l'art. 11(a) et d)? — Y a-t-il eu violation du droit des piqueteurs à la liberté d'expression garanti par l'art. 2? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 7, 11a), d).

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Droit criminel et droit du travail — Piquetage devant les palais de justice au cours d'une grève légale — Interdiction de piquetage émanant de la Cour supérieure — La légalité du piquetage échappe-t-elle au droit criminel parce que la grève est légale et que le Labour Code permet le piquetage? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27).

Le syndicat appelant a placé des piquets de grève devant tous les palais de justice de la Colombie-Britannique au cours d'une grève légale et espérait réduire aux affaires urgentes les activités judiciaires. Cependant, on

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

have honoured it if they first obtained a pass from the union. McEachern C.J.S.C. perceived a constitutional duty on his part to keep the law courts open and, on his own motion and *ex parte*, issued an injunction restraining picketing and other activities calculated to interfere with the operations of any court. The union moved, pursuant to the terms of the concluding paragraph of the order, to have the injunction set aside. McEachern C.J.S.C. dismissed the motion and the British Columbia Court of Appeal unanimously upheld that judgment. The constitutional questions before this Court queried: (1) whether a provincial superior court judge could constitutionally enjoin picketing of court-houses by a union representing court employees engaged in a lawful strike; (2) whether an enactment by a provincial legislature or by Parliament could validly deprive a judge of a Supreme Court of his inherent authority to protect the functions and processes of his and other courts without an amendment to the Constitution of Canada; (3) whether the order restraining picketing and other activities within the precincts of all court-houses in British Columbia infringed or denied the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(b), (c), 7, 11(a), (c) and (d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; (4) if so, whether the order was justified by s. 1 of the *Charter*.

Held: The appeal should be dismissed; the first constitutional question should be answered in the affirmative; the second constitutional question needed not be answered; the third constitutional question should be answered in the affirmative with respect to s. 2(b) of the *Charter* but in the negative with respect to ss. 7, 11(a) and (d); and the fourth constitutional question should be answered in the affirmative. McIntyre J. would answer the third constitutional question in the negative and find it unnecessary to answer the fourth.

Per Dickson C.J. and Lamer, Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: The rule of law is the very foundation of the *Charter* and the courts are directed to provide a remedy in the event of infringement of the rights guaranteed by the *Charter*. Those rights would become merely illusory and the entire *Charter* undermined if access to the courts were to be impeded or denied. The picketing, notwithstanding the picketers' policy of issuing a pass, would inevitably have had the effect of impeding and restricting *de facto* access to the courts; it could only lead to a massive interference with

considérerait que tous ceux qui traversaient la ligne de piquetage l'avait respectée s'ils avaient d'abord obtenu un laissez-passer du syndicat. Le juge en chef McEachern de la Cour supérieure a estimé qu'il lui incombait en vertu de la Constitution de garder les tribunaux ouverts et, de sa propre initiative et *ex parte*, a rendu une injonction qui interdisait le piquetage et d'autres activités propres à entraver le fonctionnement des tribunaux. Conformément au dernier paragraphe de l'ordonnance, le syndicat a présenté une requête en annulation de l'injonction. Le juge en chef McEachern a rejeté la requête et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé ce jugement à l'unanimité. Les questions constitutionnelles dont cette Cour est saisie sont de savoir: (1) si un juge de la cour supérieure d'une province a constitutionnellement le pouvoir de rendre une ordonnance interdisant le piquetage des palais de justice par un syndicat représentant les employés des tribunaux en grève légale; (2) si une loi d'une législature provinciale ou du Parlement peut valablement priver un juge d'une cour supérieure de son pouvoir inhérent de protéger le fonctionnement et les activités de son tribunal et des autres cours sans une modification de la Constitution du Canada; (3) si l'ordonnance qui limite les piquetages et autres activités aux alentours de tous les palais de justice de la Colombie-Britannique viole ou nie les droits et libertés garantis par les al. 2b) et c), l'art. 7, et les al. 11a), c) et d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*; (4) dans l'affirmative, si l'ordonnance est justifiée par l'article premier de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté; la première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative; il n'est pas nécessaire de répondre à la deuxième question constitutionnelle; la troisième question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative à l'égard de l'al. 2b) de la *Charte* mais une réponse négative à l'égard de l'art. 7 et des al. 11a) et d); et la quatrième question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative. Le juge McIntyre aurait répondu à la troisième question constitutionnelle par la négative et juge inutile de répondre à la quatrième.

Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé: La primauté du droit constitue le fondement même de la *Charte* et les tribunaux sont tenus de fournir un redressement en cas de violation des droits garantis par la *Charte*. Ces droits deviendraient purement illusoire et la *Charte* toute entière serait minée si l'on devait gêner ou nier l'accès aux tribunaux. Malgré la politique des piqueteurs de délivrer un laissez-passer, le piquetage aurait nécessairement eu pour effet d'entraver et de restreindre *de facto* l'accès aux tribunaux; il ne pourrait qu'aboutir à une

the legal and constitutional rights of the citizens of British Columbia.

The picketing of the court-houses of British Columbia constituted a criminal contempt. It fell within a category of contempt offences which included, amongst others, obstructing persons officially connected with the court or its process and preventing access by the public to courts of law.

The Chief Justice had jurisdiction to enjoin picketing on his own motion and *ex parte*. The act of picketing, while it did not take place strictly within the court room itself, constituted contempt in the face of the court. Although the motion was made *ex parte*, careful account was taken of the procedural rights at stake. The appellant Union was expressly given the right to move to have the order set aside and was accorded full rights to present evidence and argument. The Chief Justice did act upon his own observations but the case did not involve contested facts.

While the Labour Relations Board has jurisdiction in relation to what might be described as the labour relations aspect of picketing, the courts retain full authority to deal with violations of civil and criminal law arising from picketing. The order was issued in relation to a criminal contempt and therefore fell within the federal criminal law power and the inherent (or common law) jurisdiction of the courts to punish for contempt. Striking court employees must obey the law in relation to criminal contempt. The legality of all aspects of picketing was not put beyond the reach of the criminal law or criminal contempt simply because the strike was lawful and the *Labour Code* permitted picketing in the course of a lawful strike.

Even if the effect of the injunction were to deny the Union members' right to liberty protected by s. 7, the denial of that right was fully in accordance with the principles of fundamental justice. An injunction does not violate s. 7 of the *Charter* solely because it was granted *ex parte*: circumstances can exist where the delay necessary to give notice might result in an immediate and serious violation of rights. Here, the order constituted a minimal interference with the procedural rights of those whose course of action could only result in a massive disruption of the courts' activities and consequent interference with the legal and constitutional rights of all citizens of British Columbia.

atteinte massive aux droits garantis aux citoyens de la Colombie-Britannique par la loi et par la Constitution.

Le piquetage des palais de justice de la Colombie-Britannique constitue un outrage criminel. Il entre dans une catégorie d'outrages qui consiste notamment à faire obstacle aux personnes ayant un rôle officiel auprès du tribunal ou en ce qui concerne ses activités et à empêcher le public d'avoir accès aux tribunaux.

Le Juge en chef avait compétence pour interdire le piquetage de sa propre initiative et *ex parte*. Bien que le piquetage n'ait pas à proprement parlé eu lieu dans la salle d'audience elle-même, il constituait un outrage commis en présence du tribunal. Le Juge en chef a agi *ex parte*, mais il a eu bien soin de prendre en considération les droits procéduraux qui étaient en jeu. Il a expressément accordé au syndicat appelant le droit de présenter une requête en annulation de l'ordonnance ainsi que l'entière possibilité de produire des preuves et de plaider. Le Juge en chef a agi sur la foi de ses propres observations, mais les faits de l'affaire n'étaient pas contestés.

Bien que la Labour Relations Board ait compétence dans ce qu'on pourrait décrire comme l'aspect relations du travail du piquetage, les tribunaux conservent le plein pouvoir de juger les violations du droit civil et criminel survenant au cours du piquetage. L'ordonnance se rapportait à un outrage criminel et relevait donc de la compétence fédérale en matière criminelle et de la compétence inhérente (ou de *common law*) qu'ont les tribunaux de sanctionner l'outrage. Les employés des tribunaux qui font la grève doivent obéir aux règles de droit applicables à l'outrage criminel. La légalité du piquetage dans tous ses aspects n'échappe pas au droit criminel ni au droit en matière d'outrage criminel simplement parce qu'il s'agit d'une grève légale et que le *Labour Code* permet le piquetage dans le cadre d'une grève légale.

Même si l'injonction avait pour effet de porter atteinte au droit des membres du syndicat à la liberté, garanti par l'art. 7, cette atteinte était en parfaite conformité avec les principes de justice fondamentale. Une injonction ne constitue pas une violation de l'art. 7 de la *Charte* du seul fait qu'elle a été accordée *ex parte*: il peut y avoir des circonstances où le retard nécessaire pour la signification peut entraîner une atteinte immédiate et grave à des droits. En l'espèce, l'ordonnance représentait une atteinte minimale aux droits procéduraux de ceux qui s'étaient engagés dans une voie qui ne pouvait aboutir qu'à une perturbation massive des activités des tribunaux et, par conséquent, à une violation des droits dont jouissent tous les citoyens de la Colombie-Britannique en vertu de la loi et de la Constitution.

The claims arising under s. 11(a) and (d) failed because no one was charged with an offence and no penal sanction was imposed upon any offender. There was no need to notify of an offence when no one was charged with a specific offence. Similarly, the right to be presumed innocent until proven guilty was not violated as no finding of guilt had been made. The proceedings were fair and the requirement of an independent and impartial tribunal was met for the very purpose of the order was to protect that right.

Peaceful picketing in the context of a labour dispute contains an element of expression protected by s. 2(b). Apart from the *Charter*, however, the picketing was unlawful. The issue of whether the law of criminal contempt and the injunction to enforce the law pass scrutiny under the *Charter* must be dealt with pursuant to s. 1.

Assuring unimpeded access to the courts is plainly an objective "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom" and relates to a concern which is "pressing and substantial in a free and democratic society". The means taken to accomplish that objective satisfied the three-step proportionality test. First, there was a rational connection between the injunction and the objective of ensuring unimpeded access to the courts. Second, the injunction accomplished this objective by impairing as little as possible the s. 2(b) rights of the members of the Union for the Union and its members were free to express themselves in other places and in other ways so long as they did not interfere with the right of access to the courts. Finally, there was a proportionality between the effects of the injunction on the protected right and the objective of maintaining access to the courts. The injunction was to maintain access to the courts and to ensure that the courts remained in operation in order that the legal and *Charter* rights of all citizens of the province would be respected.

Per McIntyre J.: What was enjoined by the court order was conduct calculated to interfere with court processes and to restrict or limit access to the courts, conduct clearly unlawful and calculated to interfere with and restrict the constitutionally protected rights of others. The making of the injunction therefore involved no infringement of any constitutionally protected right of the appellant. There was no need to balance conflicting rights here. Resort to s. 1, which can only have application where there has been an infringement of a *Charter* right, was unnecessary.

Les demandes fondées sur les al. 11(a) et (d) sont irrecevables parce que personne n'a été accusé d'une infraction et qu'aucune sanction pénale n'a été infligée à qui que ce soit. Il n'est pas nécessaire d'informer quelqu'un d'une infraction lorsque personne n'a été accusé d'une infraction précise. De même, il n'y a pas eu d'atteinte au droit d'être présumé innocent, car personne n'a été frappé d'une déclaration de culpabilité. La procédure a été équitable et l'exigence d'un tribunal indépendant et impartial a été respectée, car le but même de l'ordonnance était de protéger ce droit.

Le piquetage possible dans le contexte d'un conflit de travail renferme un élément d'expression protégé par l'al. 2b). Cependant, si l'on fait abstraction de la *Charte*, le piquetage était illégal. La question de savoir si le droit en matière d'outrage criminel et l'injonction destinée à faire respecter les règles de droit applicables sont conformes à la *Charte* doit être abordée à la lumière de l'article premier.

Il ne fait pas de doute qu'assurer un accès sans entrave aux tribunaux est un objectif «suffisamment important... pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution», objectif qui se rapporte à une préoccupation «urgente... et réelle... dans une société libre et démocratique». Le moyen employé pour atteindre cet objectif satisfait au critère de proportionnalité à trois volets. En premier lieu, il existe un lien rationnel entre l'injonction et l'objectif qui consiste à assurer un accès sans entrave aux tribunaux. En deuxième lieu, l'injonction a atteint cet objectif en lésant le moins possible les droits garantis aux membres du syndicat par l'al. 2b) et ses membres étaient libres de s'exprimer à d'autres endroits et d'autres manières tant qu'ils ne portaient pas atteinte au droit d'accès aux tribunaux. Enfin, il y avait proportionnalité entre les effets de l'injonction sur le droit protégé et l'objectif d'assurer l'accès aux tribunaux. L'injonction était destinée à garantir l'accès aux tribunaux et à assurer qu'ils continueraient à fonctionner afin que soient respectés les droits dont jouissent en vertu de la loi et de la *Charte* tous les citoyens de la province.

Le juge McIntyre: Ce qu'interdisait l'ordonnance de la cour était une conduite propre à entraver les activités judiciaires et à restreindre ou limiter l'accès aux tribunaux; or il s'agit d'une conduite clairement illégale et propre à gêner ou limiter les droits d'autrui protégés par la Constitution. L'injonction n'entraînait donc pas d'atteinte au droit de l'appelant que protège la Constitution. Il n'est pas nécessaire en l'espèce d'équilibrer des droits contradictoires. Il est inutile de recourir à l'article premier qui ne peut s'appliquer que lorsqu'il y a eu une violation d'un droit garanti par la *Charte*.

Cases Cited

By Dickson C.J.

Considered: *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; referred to: *Re Johnson* (1887), 20 Q.B.D. 68; *Golder v. United Kingdom* (1975), 1 E.H.R.R. 524; *Harrison v. Carswell*, [1976] 2 S.C.R. 200; *Heather Hill Appliances Ltd. v. McCormack*, [1966] 1 O.R. 12; *Morris v. Crown Office*, [1970] 1 All E.R. 1079; *R. v. Hill* (1976), 73 D.L.R. (3d) 621; *R. v. Froese* (1980), 23 B.C.L.R. 181; *Ex parte Tubman*; *Re Lucas*, [1970] 3 N.S.W.R. 41; *Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.*, [1974] A.C. 273; *R. v. Davies*, [1906] 1 K.B. 32; *Poje v. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 S.C.R. 516; *Foothills Provincial General Hospital Board v. Broad* (1975), 57 D.L.R. (3d) 758; *Churchman v. Joint Shop Stewards' Committee of the Workers of the Port of London*, [1972] 3 All E.R. 603; *Con-Mech (Engineers) Ltd. v. Amalgamated Union of Engineering Workers*, [1973] I.C.R. 620; *R. v. United Fishermen and Allied Workers' Union* (1967), 63 D.L.R. (2d) 356; *Balogh v. Crown Court at St. Alban's*, [1974] 3 All E.R. 283; *McKeown v. The Queen*, [1971] S.C.R. 446; *Better Value Furniture (CHWK) Ltd. v. General Truck Drivers and Helpers Union, Local 31* (1981), 26 B.C.L.R. 273 (B.C.C.A.) (leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused, [1981] 2 S.C.R. viii); *Attorney-General of Quebec v. Laurendeau* (1982), 145 D.L.R. (3d) 526, 33 C.R. (3d) 40; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

By McIntyre J.

RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd., [1986] 2 S.C.R. 573.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, Preamble, ss. 1, 2(b), (c), 7, 11(a), (c), (d), 24(1).
Constitution Act, 1867, s. 91(27).
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 8, as am.
Labour Code, R.S.B.C. 1979, c. 212.

Authors Cited

Borrie, Sir Gordon. *Borrie and Lowe's Law of Contempt*, 2nd ed. By Nigel Lowe; consultant editor, Sir Gordon Borrie. London: Butterworths, 1983.
 Jacob, I. H. "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1970), 23 *Current Legal Problems* 23.
 Jowitt, William Allen, 1st Earl. *Jowitt's Dictionary of English Law*, 2nd ed., vol. 1. By Earl Jowitt and Clifford Walsh. Second edition by John Burke. London: Sweet and Maxwell, 1977.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Dickson

Arrêt examiné: *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; arrêts mentionnés: *Re Johnson* (1887), 20 Q.B.D. 68; *Affaire Golder*, Cour Eur. D.H., Série A, vol. 18; *Harrison c. Carswell*, [1976] 2 R.C.S. 200; *Heather Hill Appliances Ltd. v. McCormack*, [1966] 1 O.R. 12; *Morris v. Crown Office*, [1970] 1 All E.R. 1079; *R. v. Hill* (1976), 73 D.L.R. (3d) 621; *R. v. Froese* (1980), 23 B.C.L.R. 181; *Ex parte Tubman*; *Re Lucas*, [1970] 3 N.S.W.R. 41; *Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.*, [1974] A.C. 273; *R. v. Davies*, [1906] 1 K.B. 32; *Poje v. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 R.C.S. 516; *Foothills Provincial General Hospital Board v. Broad* (1975), 57 D.L.R. (3d) 758; *Churchman v. Joint Shop Stewards' Committee of the Workers of the Port of London*, [1972] 3 All E.R. 603; *Con-Mech (Engineers) Ltd. v. Amalgamated Union of Engineering Workers*, [1973] I.C.R. 620; *R. v. United Fishermen and Allied Workers' Union* (1967), 63 D.L.R. (2d) 356; *Balogh v. Crown Court at St. Alban's*, [1974] 3 All E.R. 283; *McKeown c. La Reine*, [1971] R.C.S. 446; *Better Value Furniture (CHWK) Ltd. v. General Truck Drivers and Helpers Union, Local 31* (1981), 26 B.C.L.R. 273 (C.A.C.-B.) (autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée, [1981] 2 R.C.S. viii); *Attorney-General of Quebec v. Laurendeau* (1982), 145 D.L.R. (3d) 526, 33 C.R. (3d) 40; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Citée par le juge McIntyre

SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd., [1986] 2 R.C.S. 573.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, préambule, art. 1, 2b), c), 7, 11a), c), d), 24(1).
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 8 et mod.
Labour Code, R.S.B.C. 1979, chap. 212.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

Doctrines citées

Borrie, Sir Gordon. *Borrie and Lowe's Law of Contempt*, 2nd ed. By Nigel Lowe; consultant editor, Sir Gordon Borrie. London: Butterworths, 1983.
 Jacob, I. H. "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1970), 23 *Current Legal Problems* 23.
 Jowitt, William Allen, 1st Earl. *Jowitt's Dictionary of English Law*, 2nd ed., vol. 1. By Earl Jowitt and Clifford Walsh. Second edition by John Burke. London: Sweet and Maxwell, 1977.

McRuer, Hon. J. C. "Criminal Contempt of Court Procedure: A Protection to the Rights of the Individual" (1952), 30 *Can. Bar Rev.* 225.

Miller, C. J. *Contempt of Court*. London: Paul Elek, 1976.

Weiler, Paul. *Reconcilable Differences*. Toronto: Carswells, 1980.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1985), 64 B.C.L.R. 113, 20 D.L.R. (4th) 399, [1985] 5 W.W.R. 421, dismissing an appeal from a judgment of McEachern C.J.B.C. (1983), 48 B.C.L.R. 1, 2 D.L.R. (4th) 705, [1984] 1 W.W.R. 399, 40 C.P.C. 116, dismissing a motion to set aside or vary an injunction made on his own motion and *ex parte*, [1983] 6 W.W.R. 640. Appeal dismissed; the first constitutional question should be answered in the affirmative; the second constitutional question needed not be answered; the third constitutional question should be answered in the affirmative with respect to s. 2(b) of the *Charter* but in the negative with respect to ss. 7, 11(a) and (d); and the fourth constitutional question should be answered in the affirmative. McIntyre J. would answer the third constitutional question in the negative and find it unnecessary to answer the fourth.

David Blair, for the appellant.

Jack Giles, Q.C., for the respondent.

Graham Garton, Q.C., and *David Stephens*, for the intervener the Attorney General of Canada.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer, Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This case involves the fundamental right of every Canadian citizen to have unimpeded access to the courts and the authority of the courts to protect and defend that constitutional right.

I

Facts

On the morning of November 1, 1983, as a result of strike action by the appellant British Columbia Government Employees Union (the

McRuer, Hon. J. C. «Criminal Contempt of Court Procedure: A Protection to the Rights of the Individual» (1952), 30 *R. du B. can.* 225.

Miller, C. J. *Contempt of Court*. London: Paul Elek, 1976.

^a Weiler, Paul. *Reconcilable Differences*. Toronto: Carswells, 1980.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1985), 64 B.C.L.R. 113, 20 D.L.R. (4th) 399, [1985] 5 W.W.R. 421, qui a rejeté un appel d'un jugement du juge en chef McEachern de la Colombie-Britannique (1983), 48 B.C.L.R. 1, 2 D.L.R. (4th) 705, [1984] 1 W.W.R. 399, 40 C.P.C. 116, qui rejetait une demande d'annulation ou de modification d'une injonction rendue de sa propre initiative et *ex parte*, [1983] 6 W.W.R. 640. Pourvoi rejeté; la première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative; il n'est pas nécessaire de répondre à la deuxième question constitutionnelle; la troisième question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative à l'égard de l'al. 2b) de la *Charte* mais une réponse négative à l'égard de l'art. 7 et des al. 11a) et d); et la quatrième question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative. Le juge McIntyre aurait répondu à la troisième question par la négative et juge inutile de répondre à la quatrième.

David Blair, pour l'appelant.

Jack Giles, c.r., pour l'intimé.

^g *Graham Garton, c.r.*, et *David Stephens*, pour l'intervenant, le procureur général du Canada.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Lamer, Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé rendu par

LE JUGE EN CHEF—Cette affaire soulève la question du droit fondamental de tous les citoyens canadiens au libre accès aux tribunaux et du pouvoir de ceux-ci de protéger et de défendre ce droit constitutionnel.

I

Les faits

^j Le matin du 1^{er} novembre 1983, par suite d'une grève déclenchée par l'appelant le British Columbia Government Employees' Union (le syndicat),

Union) pickets were posted at the entrances to and within the precincts of, the courts of justice in Vancouver and at all other courts of justice in the province of British Columbia. The strike came at a time of the year when all the courts of the province were in session. The situation, as McEachern C.J.S.C. observed, was indeed urgent with trials, appeals and chambers due to start that morning in many locations throughout the province. Some of these cases were criminal and civil jury trials, and persons were in custody. Counsel, witnesses and jurors were or should have been en route to the court-houses. The position of the appellant Union was clearly set out in an affidavit of its director of membership services: "The Union hopes that people will support the Union by honouring the picket line. Honouring the picket line in every instance involves people exercising their right and freedom not to cross it. The Union recognizes that persons who cross only upon obtaining a pass have nevertheless honoured the line and thereby supported the Union in the dispute." The appellant did issue "picket passes" whereby it purported to authorize people, including officers of the court, to pass through the picket lines.

The circumstances surrounding the passes were described in an affidavit of Ronald Fratkin, a member of the Law Society of British Columbia, which reads in part:

2. On or about Wednesday, October 19, 1983, I and several other members of an *ad hoc* committee of the Criminal Justice Section of the Canadian Bar Association met in Vancouver, British Columbia with Mr. Jack Adams, an officer of the British Columbia Government Employees' Union, to discuss the potential impact of a possible strike by this Union upon court services in the Province.

3. At the October 19, 1983 meeting Mr. Adams expressed the Union's concern about persons in custody and the impact of a strike upon such persons.

4. At the same meeting Mr. Adams indicated that if there were a strike followed by picketing of courthouses, passes would be issued by the Union to assist in providing lawyers to act in Court as duty counsel to deal with

des piquets de grève ont été placés aux entrées et aux alentours des palais de justice de Vancouver et de tous les autres palais de justice de la Colombie-Britannique. La grève a eu lieu à un moment de l'année où toutes les cours de la province sont en session. Comme l'a fait remarquer le juge en chef McEachern de la Cour suprême, la situation était vraiment grave, car des procès, des appels et des audiences en chambre devaient commencer ce matin-là à plusieurs endroits dans la province. Il s'agissait dans certains cas de procès criminels et de procès civils avec un jury et des personnes étaient détenues. Avocats, témoins et jurés étaient ou auraient dû être en train de se diriger vers les palais de justice. La position du syndicat appelant se trouve clairement énoncée dans un affidavit de son directeur des services aux membres: [TRADUCTION] «Le syndicat espère que les gens nous appuieront en respectant la ligne de piquetage. Cela signifie que, dans chaque cas, des gens exerceront leur droit et leur liberté de ne pas la franchir. Le syndicat reconnaît que les personnes qui ne franchissent la ligne de piquetage qu'après avoir obtenu un laissez-passer l'ont néanmoins respectée et ont donné leur appui au syndicat dans le conflit.» L'appelant a effectivement délivré des laissez-passer qui autorisaient certaines personnes, dont les officiers de justice, à franchir les lignes de piquetage.

Les circonstances dans lesquelles ces laissez-passer ont été délivrés sont décrites dans un affidavit de Ronald Fratkin, membre du Barreau de la Colombie-Britannique, affidavit qui porte notamment:

[TRADUCTION] 2. Le mercredi 19 octobre 1983, plusieurs autres membres d'un comité spécial de la Section de droit pénal de l'Association du Barreau canadien et moi-même avons rencontré à Vancouver (Colombie-Britannique) M. Jack Adams, un dirigeant du British Columbia Government Employees' Union, afin de discuter des effets potentiels d'une grève organisée par ce syndicat sur les services judiciaires de la province.

3. À la réunion du 19 octobre 1983, M. Adams a laissé savoir que le syndicat s'inquiétait des personnes en détention et des répercussions d'une grève à leur égard.

4. À la même réunion, M. Adams a signalé qu'advenant une grève avec piquetage des palais de justice, le syndicat délivrerait des laissez-passer afin de faciliter le passage des avocats de service pour s'occuper des per-

people in custody, including assistance at show cause hearings.

5. On Monday, October 31, 1983, when it became clear that a strike by the Union was indeed imminent, I telephoned Mr. Adams [sic] office. At 1:39 p.m. the same afternoon Mr. Adams' office left a message at my office confirming that two duty counsel passes would be issued for 222 Main Street, Vancouver. At approximately 2:15 p.m. that afternoon my office also received a telephone call from the picket captain (known to me as Becky) for 222 Main Street, Vancouver, requesting that Duty Counsel report to her on the morning of November 1, 1983 to receive the passes.

8. Accordingly, I discussed the problem with the picket captain at the Provincial Court at 222 Main Street, Vancouver. Shortly after, I was advised by the picket captain that she had communicated with Union headquarters and had received immediate approval to facilitate the appearance of two duty counsel at the Law Courts at 800 Smithe Street, Vancouver.

10. While outside the Courthouse at 222 Main Street, Vancouver, during the morning of November 1, 1983 I had occasion to observe that the British Columbia Government Employees' Union picket line was orderly and peaceful. Persons appearing to have business inside the Courthouse entered and left the building at will and at no time appeared to be impeded in any way by the picketers.

Leaflets were distributed by a group known as the British Columbia Law Union urging members of the public who approached the court-house to respect the picket line and to encourage lawyers not to cross it except with the approval of the union upon the issuance of a picket pass. In a letter written to McEachern C.J.S.C., a member of the Law Union requested that the courts be closed, and that all civil and criminal procedures be adjourned "other than for clear emergency situations as may be agreed upon with the B.C.G.E.U. and Operation Solidarity". The Chief Justice in response said that he had a constitutional duty to keep the courts open, not to close them.

sonnes en détention, notamment pour les audiences de justification.

5. Le lundi 31 octobre 1983, quand il est devenu évident qu'une grève organisée par le syndicat était imminente, j'ai téléphoné au bureau de M. Adams. À 13 h 39, le même après-midi, mon bureau a reçu de celui de M. Adams une confirmation que deux laissez-passer d'avocats de service seraient délivrés pour 222 Main Street, Vancouver. Vers 14 h 15, mon bureau a reçu également un appel téléphonique du chef de piquet (que je connaissais sous le nom de Becky) au 222 Main Street, Vancouver, qui demandait que les avocats de service aillent chercher les laissez-passer auprès d'elle le matin du 1^{er} novembre 1983.

8. J'ai donc discuté du problème avec le chef de piquet à l'édifice de la Cour provinciale, 222 Main Street, Vancouver. Peu après, celle-ci m'a informé qu'elle était entrée en communication avec le siège du syndicat qui lui avait donné immédiatement l'autorisation de faire en sorte que deux avocats de service puissent comparaître au palais de justice situé 800 Smithe Street, Vancouver.

10. Le matin du 1^{er} novembre 1983 à l'extérieur du palais de justice situé 222 rue Main, Vancouver, j'ai pu constater que la ligne de piquetage du British Columbia Government Employees' Union était paisible. Les personnes qui semblaient avoir à faire dans le palais de justice y entraient et en sortaient à volonté. Elles n'ont paru à aucun moment être gênées de quelque façon par les piqueteurs.

Un groupe appelé le British Columbia Law Union a distribué des tracts incitant les membres du public qui se rendaient au palais de justice à respecter la ligne de piquetage et à encourager les avocats à ne la traverser qu'avec l'approbation du syndicat, c'est-à-dire en se servant d'un laissez-passer délivré par celui-ci. Dans une lettre adressée au juge en chef McEachern, un membre du Law Union a demandé que les tribunaux soient fermés et que toutes les procédures, tant au civil qu'au criminel, soient ajournées [TRADUCTION] «sauf dans le cas d'urgences manifestes selon ce qui pourra être convenu avec le syndicat et Operation Solidarity». Le Juge en chef a répondu qu'il lui incombaient en vertu de la Constitution d'assurer le fonctionnement des tribunaux et non de les fermer.

The Chief Justice arrived at the Court-house at 8:00 a.m. and on his own motion and *ex parte* issued an injunction in the following terms:

On the Court's own motion, *ex parte*, THIS COURT ORDERS that all persons having notice of this Order are restrained and an injunction is hereby granted restraining them until further Order from:

- (a) gathering, congregating or picketing at the entrances to the Law Courts of the Provincial, County, Supreme, or Appeal Courts of British Columbia or within the precincts of the said Courts; or
- (b) from engaging in any activities whatsoever which are calculated to interfere with the operations of any Court of Justice in the province or to restrict or limit access of all persons to the Courts and their precincts.

For greater certainty IT IS FURTHER ORDERED that this injunction shall extend to and include all those locations within the province where Courts of Justice are situate in buildings where other activities are also carried on, but any persons affected by this Order may apply on 24 hours' notice in writing to the Registrar for directions with respect to such locations.

IT IS FURTHER ORDERED that any person affected by this Order may apply on 24 hours' notice in writing to the Registrar of this Court at Vancouver for an Order setting aside or varying this Order.

The order was served on the picketers at the Vancouver Court-house about 9:30 and 10:10 a.m. and at various later times that day at other court-houses. It was universally obeyed.

The Union moved, pursuant to the terms of the concluding paragraph of the Order, to have the injunction set aside. The application was supported by the Law Union and was resisted by the Attorney General of British Columbia. McEachern C.J.S.C. dismissed the motion in written reasons delivered on November 10, 1983. The Union appealed to the British Columbia Court of Appeal and that appeal was dismissed by unanimous judgment on June 27, 1985.

The Union sought and obtained leave to appeal to this Court. The following constitutional questions were stated:

Quand il est arrivé au palais de justice à 8 h, le Juge en chef, de sa propre initiative et *ex parte*, a rendu une injonction dont voici la teneur:

[TRADUCTION] De sa propre initiative et *ex parte*, LA COUR INTERDIT par la présente injonction à toutes les personnes qui auront reçu avis de la présente ordonnance et jusqu'à nouvel ordre:

- a) de se réunir, de s'assembler ou de piqueter aux entrées ou aux alentours des palais de justice abritant la Cour provinciale, la Cour de comté, la Cour suprême ou la Cour d'appel de la Colombie-Britannique; ou
- b) de se livrer à des activités destinées à entraver le fonctionnement de toute cour de justice dans la province ou de restreindre ou de limiter pour qui que ce soit l'accès aux palais de justice et à leurs alentours.

Pour plus de certitude, IL EST EN OUTRE ORDONNÉ que la présente injonction vise et comprend tous les lieux dans la province où des cours de justice se trouvent dans des édifices où s'exercent d'autres activités, mais les personnes auxquelles s'applique la présente ordonnance peuvent, à condition de donner au registraire un avis écrit 24 heures à l'avance, demander des instructions concernant les endroits susmentionnés.

IL EST EN OUTRE ORDONNÉ que toute personne visée par la présente ordonnance pourra, à condition de donner au registraire de cette Cour à Vancouver un avis écrit 24 heures à l'avance, demander une ordonnance annulant ou modifiant la présente ordonnance.

L'ordonnance a été signifiée aux piqueteurs au palais de justice de Vancouver vers 9 h 30 et 10 h 10 et à plusieurs autres moments au cours de la même journée à d'autres palais de justice. Tous sans exception y ont obéi.

Conformément aux dispositions du dernier paragraphe de l'ordonnance, le syndicat a présenté une demande en annulation de l'injonction. Cette demande a reçu l'appui du Law Union et le procureur général de la Colombie-Britannique s'y est opposé. Dans des motifs écrits rendus le 10 novembre 1983, le juge en chef McEachern a rejeté la demande. Le syndicat a alors interjeté appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique mais s'est vu débouté par un arrêt unanime en date du 27 juin 1985.

Le syndicat a demandé et a obtenu l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour. Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées:

1. Does a provincial superior court judge have the constitutional jurisdiction to make an order enjoining picketing of court-houses by or on behalf of a union representing court employees engaged in a lawful strike?

2. Can an enactment by a provincial legislature or by Parliament validly deprive a judge of a Supreme Court of his inherent authority to protect the functions and processes of his and other courts without an amendment to the Constitution of Canada?

3. Did the order by the Chief Justice of the Supreme Court of British Columbia dated November 1, 1983 restraining picketing and other activities within the precincts of all court-houses in British Columbia infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(b), (c), 7, 11(a), (c) and (d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

4. If the order of the Chief Justice of the Supreme Court of British Columbia dated November 1, 1983 restraining picketing and other activities within the precincts of all court-houses in British Columbia infringes or denies the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(b), (c), 7, 11(a), (c) and (d) of the *Charter*, is the order justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitutional Act, 1982*?

The Attorney General of Canada intervened before this Court with respect to questions 1 and 2, taking the position that question 1 should be answered in the affirmative, and that it was not necessary to answer question 2, but that if an answer were to be given, it should be affirmative.

II

Judgments of the British Columbia Courts

Ex parte injunction (reported at [1983] 6 W.W.R. 640)

McEachern C.J.S.C. framed the issue in the following terms (at p. 641):

The question arises whether it is proper or permissible for anyone, individually or collectively, deliberately or accidentally, or directly or indirectly to interfere with the business of the courts of justice or to interfere with or impede the absolute right of access all citizens have to the courts of justice.

1. Un juge de la cour supérieure de la province a-t-il constitutionnellement le pouvoir de rendre une ordonnance interdisant le piquetage des palais de justice par un syndicat ou au nom d'un syndicat représentant les employés des tribunaux en grève légale?

2. Une loi d'une législature provinciale ou du Parlement peut-elle valablement priver un juge d'une cour supérieure de son pouvoir inhérent de protéger le fonctionnement et les activités de son tribunal et des autres tribunaux sans une modification de la Constitution du Canada?

3. L'ordonnance du Juge en chef de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, datée du 1^{er} novembre 1983, qui limitait le piquetage et autres activités aux alentours de tous les palais de justice de la Colombie-Britannique, viole-t-elle ou nie-t-elle les droits et libertés garantis par les al. 2b), c), l'art. 7, les al. 11a), c) et d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

4. Si l'ordonnance du Juge en chef de la Cour suprême de la Colombie-Britannique datée du 1^{er} novembre 1983, qui limitait le piquetage et autres activités aux alentours de tous les palais de justice de la Colombie-Britannique, viole ou nie les droits et libertés garantis par les al. 2b), c), l'art. 7, les al. 11a), c) et d) de la *Charte*, l'ordonnance est-elle justifiée par l'article premier de la *Charte* et partant compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Le procureur général du Canada est intervenu en cette Cour relativement aux questions 1 et 2. Il a fait valoir que la première question devrait recevoir une réponse affirmative et qu'il n'était pas nécessaire de répondre à la deuxième, mais que, si on y répondait, ce devrait être par l'affirmative.

II

Les jugements des tribunaux de la Colombie-Britannique

L'injonction ex parte (décision publiée à [1983] 6 W.W.R. 640)

Le juge en chef McEachern a ainsi formulé la question en litige (à la p. 641):

[TRADUCTION] La question qui se pose est de savoir s'il sied ou s'il est acceptable qu'un individu ou un groupe, délibérément ou accidentellement, directement ou indirectement, entrave le fonctionnement des cours de justice ou porte atteinte au droit absolu d'accès à ces cours dont jouit l'ensemble des citoyens.

The Chief Justice answered that question emphatically in the negative. He noted that in the courts of British Columbia there were literally thousands of cases set for hearing and disposition on a daily basis. Persons in custody had a right to apply for bail, persons awaiting trial were entitled to have their guilt or innocence determined without delay. The British Columbia Supreme Court's responsibility included the writ of *habeas corpus*, injunctions to prevent damage or loss of rights, the custody and protection of children, the right of occupation of matrimonial homes, the care and protection of disabled and infirm persons, the filing of documents to prevent the loss of a cause of action and a myriad of other matters vitally important to the ordinary citizen. McEachern C.J.S.C. noted as well the vital importance that the courts be open to the public and to the media: "Justice cannot be found behind closed doors or picket lines." He emphasized that the issue was not the personal importance or dignity of judges, but rather the protection and preservation of the institution of the courts of justice themselves. McEachern C.J.S.C. carefully distinguished picketing in connection with private commercial or industrial settings from picketing which interfered with the free and unrestricted access of all persons to the courts. Picketing which fell into the latter category, he held, constituted a contempt of court and, in his view, the court had not only the jurisdiction but, as well, the duty, to defend and protect its authority and the universal availability of its process. He quoted the words of Bowen J. in *Re Johnson* (1887), 20 Q.B.D. 68 (C.A.):

"What is the principle which we have here to apply? It seems to me to be this. The law has armed the High Court of Justice with the power and imposed upon it the duty of preventing (by direct action) and by summary proceedings any attempt to interfere with the administration of justice."

He concluded with these words: "The rule of law has not been suspended in this province."

La réponse du Juge en chef à cette question a été catégoriquement négative. Il a souligné que chaque jour les tribunaux de la Colombie-Britannique devaient littéralement connaître des milliers d'affaires. Des détenus avaient le droit de demander leur mise en liberté sous caution; des personnes qui attendaient leur procès avaient droit à ce qu'on statue sur leur culpabilité ou leur innocence sans délai. La responsabilité de la Cour suprême de la Colombie-Britannique comprend les brefs d'*habeas corpus*, les injonctions destinées à empêcher des préjudices ou la perte de droits, la garde et la protection d'enfants, le droit d'occuper des foyers conjugaux, le soin et la protection des personnes handicapées et infirmes, le dépôt de documents visant à prévenir l'extinction d'une cause d'action ainsi qu'une foule d'autres affaires d'une importance capitale pour les citoyens ordinaires. Le juge en chef McEachern a souligné en outre qu'il importait au plus haut degré que les tribunaux soient ouverts au public et aux médias: [TRADUCTION] «Justice ne peut être rendue à huis-clos ni derrière des lignes de piquetage.» Il a insisté sur le fait que ce qui était en jeu n'était pas l'importance ou la dignité personnelles des juges, mais plutôt la protection et la préservation des institutions que sont les cours de justice. Le juge en chef McEachern a eu bien soin de distinguer le piquetage dans des contextes commerciaux ou industriels privés d'avec le piquetage qui entrave l'accès totalement libre de tous aux tribunaux. Ce dernier type de piquetage, a-t-il dit, constitue un outrage au tribunal et, selon lui, la cour a non seulement compétence pour défendre et protéger son autorité et l'accès universel à sa justice, mais aussi l'obligation de le faire. À cet égard, il a cité les propos du juge Bowen dans l'affaire *Re Johnson* (1887), 20 Q.B.D. 68 (C.A.):

[TRADUCTION] «Quel principe doit-on appliquer en l'espèce? À mon avis, c'est le suivant: la loi a investi la Haute Cour de Justice de pouvoirs et lui a imposé l'obligation d'empêcher [par des mesures directes] et par des procédures sommaires toute tentative d'entraver l'administration de la justice.»

Pour conclure le juge en chef McEachern a dit: [TRADUCTION] «La primauté du droit n'a pas été suspendue dans cette province.»

Motion to set aside ex parte injunction (reported at (1983), 2 D.L.R. (4th) 705)

In his subsequent judgment, rendered on November 10, 1983, after affidavit material had been filed by the Union, McEachern C.J.S.C. upheld his original order and gave extensive reasons for doing so. The Chief Justice emphasized the centrality of the courts and the judiciary to our constitution and to the rule of law. He stressed as well the importance of the right of citizens to have unimpeded and uninterrupted access to the courts and the authority of the courts to protect and vindicate that right. McEachern C.J.S.C. said (at pp. 706-7):

The powers entrusted to the judiciary by the constitution are essential to the proper organization of society because, while common law and the legislative branches of the constitution declare what the rights and obligations of the people are, the judiciary is the machinery which protects and enforces these rights and obligations. For this reason, free, unimpeded and uninterrupted access to the courts of justice of all parties, jurors, witnesses, counsel, court staff and the public is fundamental to the preservation and enforcement of every legal right, freedom and obligation which exists under the rule of law.

The Chief Justice carefully reviewed the authorities dealing with criminal contempt and concluded that "Any conduct which is calculated to interfere with the proper administration of justice is criminal contempt of court."

It was beyond question, he held, that picketing at a court-house would have the effect of deterring witnesses, jurors, lawyers and members of the public from entering the court-house to discharge their duties. While the Union had issued passes to individuals such as duty counsel, permitting them to cross the picket lines, McEachern C.J.S.C. held that neither the Union nor anyone else had the right to approve who should or should not have access to the court and the very thought of licensing anyone to enter the court itself was an affront to freedom.

La requête en annulation de l'injonction ex parte (décision publiée à (1983), 2 D.L.R. (4th) 705)

Dans son jugement subséquent, rendu le 10 novembre 1983, après que le syndicat eut produit des affidavits, le juge en chef McEachern a confirmé son ordonnance initiale et a rédigé de longs motifs justifiant sa décision. Le Juge en chef a souligné la position centrale des tribunaux et du judiciaire dans notre Constitution et vis-à-vis de la primauté du droit. Il a fait ressortir également l'importance du droit des citoyens à un accès libre et ininterrompu aux tribunaux et le pouvoir de ceux-ci de le protéger et de le défendre. À ce propos, le juge en chef McEachern a affirmé (aux pp. 706 et 707):

[TRADUCTION] Les pouvoirs que la Constitution confère aux tribunaux sont indispensables à une bonne organisation sociale car, quoique la *common law* et les aspects législatifs de la Constitution énoncent les droits et les obligations du peuple, c'est l'appareil judiciaire qui en assure la protection et l'application. C'est pourquoi il est fondamental pour la préservation et l'application de tous les droits et libertés et pour l'exécution de toutes les obligations qui existent en vertu de la primauté du droit que les parties, les jurés, les témoins, les avocats, les fonctionnaires des cours et le public aient tous un accès libre, sans entrave et ininterrompu aux cours de justice.

Le Juge en chef a procédé à un examen minutieux de la jurisprudence et de la doctrine portant sur l'outrage criminel et a conclu que [TRADUCTION] «Toute conduite destinée à entraver la bonne administration de la justice constitue un outrage criminel au tribunal».

Pour le Juge en chef, il ne faisait pas de doute que le piquetage devant un palais de justice aurait pour effet de dissuader les témoins, les jurés, les avocats et les membres du public d'y entrer pour s'acquitter de leurs devoirs. Bien que le syndicat ait délivré des laissez-passer à certaines personnes, tels les avocats de service, afin qu'ils puissent franchir les lignes de piquetage, le juge en chef McEachern a conclu que ni le syndicat ni personne n'avait le droit de décider qui devait ou ne devait pas avoir accès au tribunal et que l'idée même de donner à quelqu'un la permission de pénétrer dans le palais de justice choquait la notion de liberté.

McEachern C.J.S.C. held that the authority of the court to protect its process was in no way pre-empted by provincial legislation relating to labour disputes or essential services. Recognizing that the circumstances had to be unusual, McEachern C.J.S.C. held that where a criminal contempt threatened to disrupt court proceedings, the court had the authority to move *ex mero motu* in order to maintain the proper administration of justice. He held that as he had direct knowledge of the facts from observation upon entering the court-house and, in view of the urgency of the situation, he did have authority to issue the injunction in the manner in which he had.

The Chief Justice cited examples of important court matters which could not have been carried on behind a picket line (at pp. 713-14):

In *New Westminster Toy J.* was able to continue a most difficult case and *McKenzie J.* was able to commence and complete the tragic case of *R. v. Blackman* where a young man was found not guilty by reason of insanity on a charge of murdering six members of his family; *Trainor J.* continued a difficult murder trial in Cranbrook; *Davies J.* held a criminal assize at Prince Rupert; *Callaghan J.* held a civil assize at Nanaimo; *Lander, Finch and Wood JJ.* were able to commence or continue jury trials in Vancouver; and all the other busy work of this court at Vancouver was carried on. The County Court of Vancouver was able to carry on its usual work as well as complete jury selections in criminal cases involving the attendance of upwards of 460 jurors; and, so far as I know, most of the work of all courts in most locations of the province was carried on.

There are many other examples too numerous to mention which demonstrate beyond any rational possibility of doubt that a picket line at a court-house does in fact obstruct the proper administration of justice.

The Chief Justice noted that the order which he had made only precluded picketing. It did not purport to require the staff of the courts to resume the discharge of their duties. When the Union commenced the strike at midnight on October 31,

Le juge en chef McEachern a conclu que le pouvoir du tribunal de protéger sa procédure ne cédaient nullement le pas devant une loi provinciale relative aux conflits de travail ou aux services essentiels. Tout en reconnaissant que les circonstances devaient être exceptionnelles, le juge en chef McEachern a conclu que, dans un cas où un outrage criminel menaçait de perturber des procédures judiciaires, le tribunal était autorisé à agir *ex mero motu* pour assurer la bonne administration de la justice. D'après lui, comme il était personnellement au courant des faits en raison de ce qu'il avait vu en entrant au palais de justice et étant donné l'urgence de la situation, il détenait le pouvoir de délivrer l'injonction comme il l'a fait.

Le Juge en chef a cité des exemples d'affaires judiciaires importantes qui n'auraient pas pu se dérouler derrière une ligne de piquetage (aux pp. 713 et 714):

[TRADUCTION] À *New Westminster*, le juge *Toy* a pu continuer l'audition d'une cause extrêmement difficile et le juge *McKenzie* a pu commencer et terminer l'audition de l'affaire tragique *R. v. Blackman*, dans laquelle un jeune homme accusé d'avoir assassiné six membres de sa famille a été déclaré non coupable pour cause d'aliénation mentale; à *Cranbrook*, le juge *Trainor* a continué un procès difficile pour meurtre; le juge *Davies* a présidé des assises criminelles à *Prince Rupert*; le juge *Callaghan* a présidé des assises civiles à *Nanaimo*; les juges *Lander, Finch et Wood* ont pu commencer ou continuer des procès avec jury à *Vancouver* et, également à *Vancouver*, les nombreuses activités de cette Cour se sont poursuivies. La Cour de comté de *Vancouver* a pu accomplir son travail habituel et aussi mener à bien la constitution de jurys dans des affaires criminelles nécessitant la présence de plus de 460 jurés et, autant que je sache, la majeure partie du travail de tous les tribunaux dans la plupart des régions de la province a pu se poursuivre.

Il y a bien d'autres exemples, trop nombreux pour être mentionnés, qui démontrent hors de toute possibilité rationnelle de doute que, si une ligne de piquetage est dressée devant un palais de justice, cela entrave effectivement la bonne administration de la justice.

Le Juge en chef a souligné que l'ordonnance qu'il a rendue n'interdisait que le piquetage. Elle n'enjoignait pas au personnel des tribunaux de reprendre leurs fonctions. Quand le syndicat a déclenché la grève contre le gouvernement de la

1983 against the Government of British Columbia the services of all government employees were withdrawn except certain excluded supervisory personnel and some who were required for the performance of essential services. Those withdrawn from service included all the staff (except supervisory personnel) of all the courts of justice within the province.

British Columbia Court of Appeal (reported at (1985), 20 D.L.R. (4th) 399)

The decision of McEachern C.J.S.C. was affirmed by a unanimous judgment of the British Columbia Court of Appeal. Nemetz C.J.B.C. characterized the issue as follows (at p. 401):

... the real issue before us is whether in a democratic society any person or bodies of persons can restrict the rights of its citizens to enjoy the benefits of the rule of law under the protection of an independent judiciary.

Nemetz C.J.B.C. emphasized the constitutional importance of the independence of the judiciary and of its right and duty to maintain the rule of law and the Constitution by guaranteeing unimpeded access to the courts. The Chief Justice had little doubt that the installation of a picket line surrounding the court-house would impede access (at pp. 402-3):

... a picket line, in British Columbia, triggers in its citizens an almost universal and automatic response not to cross it. Whether caused by trade union ethic or fear of reprisal for crossing a picket line, the response of not crossing the picket line has been described by Dr. Weiler [in *Reconcilable Differences* (1980, Carswells Co. Ltd.) at p. 79] as Pavlovian in nature. Thus when a picket line is established at the entrance to a court-house, access is effectively impaired.

The Chief Justice went on to hold that there was undoubted inherent jurisdiction to issue an injunction to prevent conduct clearly calculated to obstruct and interfere with the due course of justice. In his view, the very fact that the Union issued picket passes demonstrated its intention to impede entry to the courts of those persons who were not accorded such passes.

Colombie-Britannique à minuit le 31 octobre 1983, tous les fonctionnaires ont débrayé, sauf certains membres exclus du personnel d'encadrement et certains employés qui devaient assurer les services essentiels. Ceux qui ont débrayé comprenaient le personnel (à l'exception du personnel d'encadrement) de toutes les cours de justice de la province.

Cour d'appel de la Colombie-Britannique (arrêt publié à (1985), 20 D.L.R. (4th) 399)

La décision du juge en chef McEachern a été confirmée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique à l'unanimité. Le juge en chef Nemetz de la Colombie-Britannique a énoncé dans les termes suivants la question en litige (à la p. 401):

[TRADUCTION] ... la véritable question dont nous sommes saisis est de savoir si dans une société démocratique une personne ou un organisme peut apporter des restrictions au droit de l'ensemble des citoyens de jouir des bénéfices de la primauté du droit sous la protection d'un pouvoir judiciaire indépendant.

Le juge en chef Nemetz a souligné l'importance constitutionnelle de l'indépendance du judiciaire et de ses droit et devoir de maintenir la primauté du droit et de défendre la Constitution en garantissant le libre accès aux tribunaux. Il n'y avait guère de doute dans l'esprit du Juge en chef que l'établissement d'une ligne de piquetage autour du palais de justice aurait gêné cet accès (aux pp. 402 et 403):

[TRADUCTION] ... devant une ligne de piquetage, la réaction automatique et presque universelle des citoyens de la Colombie-Britannique est de refuser de la franchir. Cette réaction, qu'elle soit attribuable à une éthique syndicaliste ou à la crainte de représailles, est décrite par le professeur Weiler [dans *Reconcilable Differences* (1980, Carswells Co. Ltd.) à la p. 79] comme un réflexe conditionné. Donc, quand une ligne de piquetage est dressée à l'entrée d'un palais de justice, l'accès en est effectivement entravé.

Le Juge en chef a ensuite conclu qu'il existait certainement une compétence inhérente pour rendre une injonction destinée à empêcher toute conduite visant manifestement à gêner et à entraver le déroulement normal de la justice. À son avis, le fait même que le syndicat a délivré des laissez-passer démontrait son intention d'empêcher les personnes non munies de ces laissez-passer d'entrer dans les palais de justice.

Nemetz C.J.B.C. noted that nowhere in McEachern C.J.S.C.'s order was there any suggestion of contempt on the part of those members of the court-house staff who, being on a legal strike, withdrew their services. The injunction was directed to the picketing. The dispute had nothing to do with the courts. It was a dispute that the Union had with the provincial government.

While the *Charter* issue was apparently not raised before McEachern C.J.S.C., reference to s. 2(b) and (c) was made in argument before the British Columbia Court of Appeal. Nemetz C.J.B.C. noted that the matter was not fully argued, but held that even assuming that the injunction had infringed *Charter* rights, such infringement could be demonstrably justified under s. 1, as the *Charter* itself would become an illusion if the public were to be denied access to the courts.

Section 2(b) and (c) of the *Charter* read:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

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

(c) freedom of peaceful assembly; . . .

Before considering picketing and its effects and the law of contempt, I must advert to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which plays a role of superordinate importance in this appeal.

III

The Canadian Charter of Rights and Freedoms

The Union is advancing certain *Charter* arguments in the present proceedings. I will deal with those arguments shortly. For the moment I wish to highlight certain sections of the *Charter* which, it seems to me, are a complete answer to anyone seeking to delay or deny or hinder access to the courts of justice in this country. Let us look first at the preamble to the *Charter*. It reads: "Whereas

Le juge en chef Nemetz a fait remarquer que l'ordonnance du juge en chef McEachern n'indique aucunement que les membres du personnel du palais de justice, qui avaient débrayé dans le cadre de la grève légale, s'étaient rendus coupables d'outrage au tribunal. L'injonction visait le piquetage. Le conflit n'avait rien à voir avec les tribunaux. C'était un conflit entre le syndicat et le gouvernement provincial.

Quoique la question reliée à la *Charte* paraisse n'avoir pas été soulevée devant le juge en chef McEachern, au cours des débats devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique on s'est référé aux al. 2b) et c). Le juge en chef Nemetz a fait observer que cette question n'avait pas été pleinement débattue, mais il a conclu que, même à supposer que l'injonction ait violé des droits garantis par la *Charte*, il s'agissait d'une violation dont la justification pouvait se démontrer en vertu de l'article premier, car la *Charte* elle-même deviendrait illusoire si on devait refuser au public l'accès aux tribunaux.

Les alinéas 2b) et c) de la *Charte* sont ainsi rédigés:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

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

c) liberté de réunion pacifique;

Avant de venir à la question du piquetage et de ses effets et à celle du droit en matière d'outrage au tribunal, il faut se reporter à la *Charte canadienne des droits et libertés* qui joue un rôle capital en l'espèce.

III

La Charte canadienne des droits et libertés

Le syndicat soulève en l'espèce des arguments fondés sur la *Charte*. Je traiterai de ces arguments un peu plus loin. Pour le moment, je tiens à mettre en relief certains articles de la *Charte* qui, à mon sens, fournissent une réponse complète à quiconque cherche à retarder, à refuser ou à empêcher l'accès aux cours de justice de ce pays. Prenons d'abord le préambule de la *Charte*. Il porte:

Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God and the rule of law". So we see that the rule of law is the very foundation of the *Charter*. Let us turn then to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* which states that the Constitution of Canada is the supreme law of Canada and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect. Earlier sections of the *Charter* assure, in clear and specific terms, certain fundamental freedoms, democratic rights, mobility rights, legal rights and equality rights of utmost importance to each and every Canadian. And what happens if those rights or freedoms are infringed or denied? Section 24(1) provides the answer—anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this *Charter*, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances. The rights and freedoms are guaranteed by the *Charter* and the courts are directed to provide a remedy in the event of infringement. To paraphrase the European Court of Human Rights in *Golder v. United Kingdom* (1975), 1 E.H.R.R. 524, at p. 536, it would be inconceivable that Parliament and the provinces should describe in such detail the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and should not first protect that which alone makes it in fact possible to benefit from such guarantees, that is, access to a court. As the Court of Human Rights truly stated: "The fair, public and expeditious characteristics of judicial proceedings are of no value at all if there are no judicial proceedings". And so it is in the present case. Of what value are the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* if a person is denied or delayed access to a court of competent jurisdiction in order to vindicate them? How can the courts independently maintain the rule of law and effectively discharge the duties imposed by the *Charter* if court access is hindered, impeded or denied? The *Charter* protections would become merely illusory, the entire *Charter* undermined.

«Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit». La primauté du droit constitue donc le fondement même de la *Charte*. Passons ensuite au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui dispose que la Constitution du Canada est la loi suprême du Canada et qu'elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. Les articles précédents dans la *Charte* confèrent d'une manière claire et explicite des libertés fondamentales, des droits démocratiques, la liberté de circulation et d'établissement, des garanties juridiques et des droits à l'égalité qui sont de la plus grande importance pour chaque Canadien. Or, qu'arrive-t-il en cas de violation ou de négation de ces droits et libertés? C'est au par. 24(1) qu'on trouve la réponse: toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis 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. Les droits et libertés sont garantis par la *Charte* et les tribunaux sont tenus de fournir un redressement en cas de violation. Pour paraphraser ce qu'a dit la Cour européenne des droits de l'homme dans l'*Affaire Golder*, arrêt du 21 février 1975, Série A, vol. 18, à la p. 18, on ne comprendrait pas que le Parlement et les provinces décrivent d'une façon aussi détaillée les droits et les libertés garantis par la *Charte* et qu'ils ne protègent pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité: l'accès au juge. C'est avec raison que la Cour des droits de l'homme a affirmé: «Équité, publicité et célérité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès.» Ainsi en est-il en l'espèce. À quoi bon des droits et libertés garantis par la *Charte* si une personne qui veut les faire respecter se voit refuser l'accès à un tribunal compétent ou si cet accès est retardé? Comment les tribunaux peuvent-ils agir indépendamment pour maintenir la primauté du droit et pour s'acquitter efficacement des obligations que leur impose la *Charte* si l'on entrave, empêche ou refuse l'accès aux tribunaux? Les garanties offertes par la *Charte* ne seraient dès lors qu'illusoire et la *Charte* toute entière s'en trouverait minée.

There cannot be a rule of law without access, otherwise the rule of law is replaced by a rule of men and women who decide who shall and who shall not have access to justice. Counsel for the Attorney General of British Columbia posed this question:

By what authority and on what criteria were the Union leaders deciding who were to be given passes and who were to be denied them?

I cannot believe that the *Charter* was ever intended to be so easily thwarted.

I would adopt the following passage from the judgment of the British Columbia Court of Appeal (at p. 406):

We have no doubt that the right to access to the courts is under the rule of law one of the foundational pillars protecting the rights and freedoms of our citizens. It is the preservation of that right with which we are concerned in this case. Any action that interferes with such access by any person or groups of persons will rally the court's powers to ensure the citizen of his or her day in court. Here, the action causing interference happens to be picketing. As we have already indicated, interference from whatever source falls into the same category.

IV

Picketing and its Effects

Picketing is a crucial form of collective action in the arena of labour relations. A picket line is designed to publicize the labour dispute in which the striking workers are embroiled and to mount a show of solidarity of the workers to their goal. It is an essential component of a labour relations regime founded on the right to bargain collectively and to take collective action. It represents a highly important and now constitutionally recognized form of expression in all contemporary labour disputes. All of that is beyond dispute. In *Harrison v. Carswell*, [1976] 2 S.C.R. 200, a majority of this Court stated at p. 219:

Society has long since acknowledged that a public interest is served by permitting union members to bring economic pressure to bear upon their respective employers through peaceful picketing, but the right has been exercisable in some locations and not in others . . .

Il ne peut y avoir de primauté du droit sans accès aux tribunaux, autrement la primauté du droit sera remplacée par la primauté d'hommes et de femmes qui décident qui peut avoir accès à la justice. L'avocat du procureur général de la Colombie-Britannique a posé la question suivante:

[TRADUCTION] En vertu de quelle autorité et selon quels critères les dirigeants syndicaux décidaient-ils à qui donner des laissez-passer et à qui les refuser?

Je n'arrive pas à croire qu'on ait jamais eu l'intention de permettre que la *Charte* puisse être aussi facilement contournée.

J'adopte le passage suivant tiré de l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (à la p. 406):

[TRADUCTION] Nous n'avons aucun doute que le droit d'accès aux tribunaux constitue sous le régime de la primauté du droit, un des piliers de base qui protège les droits et libertés de nos citoyens. C'est la préservation de ce droit qui est en cause en l'espèce. Du moment qu'une personne ou un groupe fait obstacle à cet accès, le tribunal exercera ses pouvoirs de manière à assurer aux justiciables leur accès au tribunal. En l'occurrence, l'entrave vient du piquetage. Comme nous l'avons déjà souligné, toutes les entraves, peu importe leur origine, tombent dans la même catégorie.

IV

Le piquetage et ses effets

Le piquetage est une forme essentielle d'action collective dans le domaine des relations du travail. Une ligne de piquetage a pour but de sensibiliser le public au conflit de travail dans lequel se trouvent plongés les grévistes et de démontrer leur solidarité. Cela représente un élément primordial d'un système de relations du travail fondé sur le droit de négocier collectivement et de prendre des mesures collectives. Elle constitue, dans les conflits de travail modernes, un mode d'expression très important qui est maintenant reconnu par la Constitution. Tout cela est incontestable. Dans l'arrêt *Harrison c. Carswell*, [1976] 2 R.C.S. 200, cette Cour à la majorité a dit, à la p. 219:

La société reconnaît depuis longtemps qu'il est dans l'intérêt public de permettre aux syndiqués d'exercer une pression économique sur leurs employeurs en faisant du piquetage pacifique; toutefois, l'exercice de ce droit a été permis dans certains endroits et interdit dans d'autres . . .

On the other hand, and this is crucial, both courts below have found that the picketing would inevitably have had the effect of impeding and restricting access to the courts. There surely can be little doubt as to the correctness of that conclusion. The very purpose and intent of the picket line in a labour dispute is to discourage and dissuade individuals from entering the premises which are being picketed. This is clear from the affidavit material filed by the appellant Union. One of the great strengths of the trade union movement is the spirit of solidarity. By standing together as a collective whole, trade unionists are able to aspire to improved wages and working conditions unattainable if each individual member were left to his or her own devices. Solidarity is made manifest when one group of workers is on strike. Fellow unionists and other sympathetic members of the public are made aware of the strike by the presence of picketers. Picketing sends a strong and automatic signal: do not cross the line lest you undermine our struggle; this time we ask you to help us by not doing business with our employer; next time, when you are on strike, we will respect your picket line and refuse to conduct business with your employer.

A picket line *ipso facto* impedes public access to justice. It interferes with such access and is intended to do so. A picket line has great powers of influence as a form of coercion. As Stewart J. said in *Heather Hill Appliances Ltd. v. McCormack*, [1966] 1 O.R. 12 (Ont. H.C.), at p. 13:

The picket line has become the sign and symbol of trade union solidarity and gradually became a barrier—intangible but none the less real. It has now become a matter of faith and morals and an obligation of conscience not to breach the picket line and this commandment is obeyed not only by fellow employees of the picketers but by all true believers who belong to other trade unions which may have no quarrel at all with the employer who is picketed.

Both judgments below refer to Paul Weiler's book, *Reconcilable Differences*, which summarizes the purpose and effect of a picket line in the

Par ailleurs, et c'est là un point fondamental, les deux tribunaux d'instance inférieure ont conclu que le piquetage aurait inévitablement eu pour effet d'entraver et de restreindre l'accès aux tribunaux. On ne saurait guère douter du bien-fondé de cette conclusion. L'objet même d'une ligne de piquetage dans un conflit de travail est de décourager et de dissuader les gens d'entrer dans les locaux visés par le piquetage. C'est ce qui se dégage clairement des affidavits produits par le syndicat appelant. Une des grandes forces du mouvement syndical est l'esprit de solidarité. En restant unis comme un tout, les syndiqués peuvent aspirer à de meilleurs salaires et à des conditions de travail irréalisables si chaque membre devait se fier à ses propres moyens. La solidarité devient évidente lorsqu'un groupe de travailleurs fait la grève. La présence des piqueteurs met leurs confrères syndiqués et les membres bien disposés du public au courant de la grève. Le piquetage transmet un message puissant et automatique: ne franchissez pas la ligne de crainte de nous nuire dans notre lutte; cette fois-ci nous vous demandons de nous aider en ne faisant pas affaire avec notre employeur; la prochaine fois, quand c'est vous qui serez en grève, nous respecterons votre ligne de piquetage et refuserons de faire affaire avec votre employeur.

Une ligne de piquetage gêne *ipso facto* l'accès du public à la justice. Elle entrave cet accès et c'est à dessein. Une ligne de piquetage a de grands pouvoirs d'influence comme forme de coercition. Comme l'a dit le juge Stewart dans la décision *Heather Hill Appliances Ltd. v. McCormack*, [1966] 1 O.R. 12 (H.C. Ont.), à la p. 13:

[TRADUCTION] La ligne de piquetage est devenue le signe et le symbole de la solidarité syndicale, acquérant graduellement le caractère d'une barrière—intangible mais non moins réelle. Le respect de la ligne de piquetage est devenu une question de foi et de moral, une obligation de conscience, un commandement auquel obéissent non seulement les collègues des piqueteurs, mais aussi tous les vrais membres convaincus d'autres syndicats qui n'ont rien à reprocher à l'employeur visé par le piquetage.

Les jugements des tribunaux d'instance inférieure se réfèrent à l'ouvrage de Paul Weiler intitulé *Reconcilable Differences*, qui contient un

province of British Columbia. At page 79, Dr. Weiler notes:

The crucial variable determining the impact of peaceful picketing is whether it is addressed to unionized workers. That kind of picket line operates as a signal, telling union members not to cross. Certainly in British Columbia the response is automatic, almost Pavlovian. That response is triggered by a number of factors: the sense of solidarity among members of the general trade-union movement; an appreciation that it is in the self-interest of each to honour the other fellow's picket line because in their own dispute they will want the same reaction from other workers; a concern for the social pressures and ostracism of other workers if they do not conform to the trade union ethic; the likelihood that they will face serious discipline from their own trade union. It might even cost them their jobs, if they defy that ethic and cross a picket line approved by the trade union movement. In the final analysis, the legal treatment of picketing must rest upon a realistic appraisal of its industrial relations role. The picket line is much more than the simple exercise of a worker's freedom of expression. In a heavily unionized community it is an effective trigger to a work stoppage by a group of employees.

Picketing of a commercial enterprise in the context of an ordinary labour dispute is one thing. The picketing of a court-house is entirely another. A picket line both in intention and in effect, is a barrier. By picketing the court-houses of British Columbia, the appellant Union, in effect, set up a barricade which impeded access to the courts by litigants, lawyers, witnesses, and the public at large. It is not difficult to imagine the inevitable effects upon the administration of justice. As the judgments of McEachern C.J.S.C. and of Nemetz C.J.B.C. point out, on a daily basis the courts dispose of hundreds of cases in which fundamental rights are at stake. At the very least, the picketing was bound to cause delays in the administration of justice and, as has been often and truly said, justice delayed is justice denied. The picketing would undoubtedly make it difficult, if not impossible, for the courts to process criminal cases with despatch. Any person charged with an offence has

résumé de l'objet et de l'effet d'une ligne de piquetage en Colombie-Britannique. À la page 79, Dr. Weiler fait remarquer:

[TRADUCTION] La question cruciale lorsqu'il s'agit de déterminer les répercussions d'un piquetage pacifique est celle de savoir s'il est destiné aux travailleurs syndiqués. En pareil cas, la ligne de piquetage constitue un signal aux syndiqués, leur disant de ne pas la franchir. Certes, en Colombie-Britannique, la réaction est automatique, tenant presque d'un réflexe conditionné. Cette réaction est attribuable à plusieurs facteurs: le sentiment de solidarité entre les membres du mouvement syndical en général; la conscience qu'il est dans l'intérêt de chacun de respecter la ligne de piquetage de l'autre parce que, dans un conflit de travail, on voudrait que les autres travailleurs en fassent autant; l'inquiétude quant aux pressions sociales et à l'ostracisme d'autres travailleurs si on ne se conforme pas à l'éthique syndicale; la probabilité que son propre syndicat prendra des mesures disciplinaires sévères. Il se peut même que des syndiqués perdent leur emploi si, au mépris de cette éthique, ils franchissent une ligne de piquetage approuvée par le mouvement syndical. En dernière analyse, le traitement juridique du piquetage doit reposer sur une évaluation réaliste du rôle qu'il joue dans les relations industrielles. La ligne de piquetage représente beaucoup plus que le simple exercice de la liberté d'expression des travailleurs. Dans une collectivité fortement syndiquée, c'est un déclencheur effectif d'un arrêt de travail chez un groupe d'employés.

Faire du piquetage devant une entreprise commerciale dans le contexte d'un conflit de travail ordinaire est une chose. Piqueter un palais de justice est bien autre chose. Tant de par son objet que de par ses effets, une ligne de piquetage constitue une barrière. En plaçant des piquets de grève devant les palais de justice de la Colombie-Britannique, le syndicat appelant a en réalité élevé une barricade qui gênait l'accès des parties, des avocats, des témoins et du grand public aux tribunaux. Il n'est pas difficile d'en imaginer les conséquences inévitables sur l'administration de la justice. Dans leurs jugements, les juges en chef McEachern et Nemetz soulignent que les tribunaux tranchent quotidiennement des centaines de litiges mettant en cause des droits fondamentaux. À tout le moins, le piquetage allait certainement retarder l'administration de la justice et, comme on l'a souvent dit, avec justesse d'ailleurs, justice tardive est déni de justice. Le piquetage aurait

the right not to be denied reasonable bail yet potential sureties could have been discouraged from entering the court-house to satisfy the requirements of a judicial interim release order. An accused has the right to a public trial yet the members of the public not issued passes by the Union might have been deterred from entering the court-house. Accused persons have a *Charter* right to a fair trial and a statutory right to make full answer and defence. Witnesses crucial to the defence could well have been deterred from even requesting a pass to enter the court-house to give vital evidence. It is perhaps unnecessary to multiply the examples. The point is clear. Picketing a court-house to urge the public not to enter except by permission of the picketers could only lead to a massive interference with the legal and constitutional rights of the citizens of British Columbia.

sans aucun doute rendu difficile, sinon impossible, aux tribunaux de procéder à l'audition d'affaires criminelles avec célérité. Tout inculpé a le droit de ne pas être privé d'une mise en liberté sous caution raisonnable; toutefois des cautions éventuelles auraient pu être découragées d'entrer dans le palais de justice pour remplir les exigences d'une ordonnance judiciaire portant mise en liberté provisoire. Un accusé a droit à un procès public et pourtant les membres du public auxquels le syndicat n'avait pas délivré de laissez-passer auraient pu hésiter à entrer dans le palais de justice. Les accusés jouissent en vertu de la *Charte* du droit à un procès équitable et, en vertu de la loi, du droit de présenter une défense pleine et entière. Or, des témoins indispensables pour la défense auraient très bien pu être dissuadés même de demander un laissez-passer pour entrer dans le palais de justice pour faire une déposition vitale. Il est peut-être superflu de multiplier les exemples. On voit clairement où je veux en venir. Dresser une ligne de piquetage devant un palais de justice afin d'inciter le public à ne pas y pénétrer, si ce n'est avec la permission des piqueteurs, ne pourrait qu'aboutir à une atteinte massive aux droits garantis aux citoyens de la Colombie-Britannique par la loi et par la Constitution.

V

Contempt of Court

The first issue to be addressed, apart from the constitutional aspects of the case, is whether Chief Justice McEachern and the British Columbia Court of Appeal were correct in concluding that the picketing of the court-houses of British Columbia constitutes a criminal contempt.

Chief Justice McRuer of the High Court of Justice of Ontario, in an address to the Lawyers Club, Toronto, entitled "Criminal Contempt of Court Procedure: A Protection to the Rights of the Individual", published (1952), 30 *Can. Bar Rev.* 225, at p. 226, said:

A contempt may be either a criminal contempt or a civil contempt. The difference between contempts criminal and contempts civil seems to be that contempts which tend to bring the administration of justice into scorn, or which tend to interfere with the due course of

f

L'outrage au tribunal

Abstraction faite des aspects constitutionnels de l'affaire, il faut en premier lieu décider si le juge en chef McEachern et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont à bon droit conclu que le piquetage des palais de justice de la Colombie-Britannique constitue un outrage criminel au tribunal.

Dans une allocution, prononcée devant le Lawyers Club de Toronto, intitulée «Criminal Contempt of Court Procedure: A Protection to the Rights of the Individual», publiée à (1952), 30 *R. du B. can.* 225, le juge en chef McRuer de la Haute Cour de Justice de l'Ontario dit, à la p. 226:

[TRADUCTION] L'outrage peut être criminel ou civil. Ils diffèrent en ce que les outrages qui tendent à discréditer l'administration de la justice ou à entraver la bonne marche de la justice sont de nature criminelle, tandis qu'un outrage qui consiste à désobéir aux ordonnances

justice, are criminal in nature, but a contempt in disregarding the orders of a judge of a civil court is not criminal in nature. It is the obstruction or interference with the fair administration of justice within which the law of criminal contempt is concerned, and it has nothing to do with the personal feelings of the judges; it is not a power to be used for the vindication of the judge as a person, and no judge should allow his personal feelings to have any weight in the matter.

In *Morris v. Crown Office*, [1970] 1 All E.R. 1079 (C.A.), Lord Denning noted at p. 1081:

The phrase 'contempt in the face of the court' has a quaint old-fashioned ring about it; but the importance of it is this: of all the places where law and order must be maintained, it is here in these courts. The course of justice must not be deflected or interfered with. Those who strike at it strike at the very foundations of our society. To maintain law and order, the judges have, and must have, power at once to deal with those who offend against it. It is a great power—a power instantly to imprison a person without trial—but it is a necessary power. So necessary indeed that until recently the judges exercised it without any appeal.

In some instances the phrase "contempt of court" may be thought to be unfortunate because, as in the present case, it does not posit any particular aversion, abhorrence or disdain of the judicial system. In a legal context the phrase is much broader than the common meaning of "contempt" might suggest and embraces "where a person, whether a party to a proceeding or not, does any act which may tend to hinder the course of justice or show disrespect to the court's authority", "interfering with the business of the court on the part of a person who has no right to do so", "obstructing or attempting to obstruct the officers of the Court on their way to their duties"—See *Jowitt's Dictionary of English Law*, vol. 1, 2nd ed., at p. 441.

An intent to bring a court or judge into contempt is not an essential element of the offence of contempt of court. That was decided in *R. v. Hill* (1976), 73 D.L.R. (3d) 621 (B.C.C.A.) McIntyre

d'un juge d'une cour civile n'est pas de nature criminelle. C'est le fait d'entraver l'administration impartiale de la justice ou d'y faire obstacle qui relève du droit en matière d'outrage criminel et cela n'a rien à voir avec les sentiments personnels des juges. Ceux-ci ne doivent pas se servir du pouvoir qu'ils détiennent à cet égard pour défendre leur propre honneur et aucun juge ne doit permettre que ses sentiments personnels entrent en ligne de compte.

Dans l'arrêt *Morris v. Crown Office*, [1970] 1 All E.R. 1079 (C.A.), lord Denning dit, à la p. 1081:

[TRADUCTION] L'expression «outrage commis en présence du tribunal» dégage une aura antique et surannée, mais elle a son importance: s'il y a un endroit où la loi et l'ordre doivent être respectés, c'est bien ici, devant les tribunaux. Le cours de la justice ne doit pas subir de déviation ni d'ingérence. Qui l'attaque, attaque le fondement même de notre société. Pour faire respecter la loi et l'ordre, les juges ont, et doivent avoir, le pouvoir de s'occuper immédiatement de ceux qui s'y attaquent. C'est un pouvoir considérable—d'emprisonner sur-le-champ une personne sans procès—mais c'est un pouvoir nécessaire. Tellement nécessaire en fait que, récemment encore, les juges l'exerçaient sans qu'il y ait droit d'appel.

Dans certains cas, l'expression «outrage au tribunal» peut être considérée comme malheureuse parce que, comme en l'espèce, elle ne traduit aucune aversion, aucune répugnance ni aucun dédain particuliers à l'égard du système judiciaire. Dans un contexte juridique, l'expression a une portée beaucoup plus large que ne le sous-entend le sens courant du mot «outrage» et englobe [TRADUCTION] «la situation où une personne, qu'elle soit ou non partie à une procédure, accomplit un acte qui peut tendre à empêcher que la justice suive son cours ou qui témoigne d'un manque de respect pour l'autorité de la cour», [TRADUCTION] «l'ingérence par une personne qui n'en a pas le droit dans les affaires de la cour» et [TRADUCTION] «le fait d'entraver ou de tenter d'entraver les officiers de justice dans l'exercice de leurs fonctions»—voir *Jowitt's Dictionary of English Law*, vol. 1, 2nd ed., à la p. 441.

L'intention d'attirer le mépris sur une cour ou un juge ne constitue pas un élément essentiel de l'infraction d'outrage au tribunal. C'est ce qui a été établi dans l'arrêt *R. v. Hill* (1976), 73 D.L.R.

J.A., speaking for a unanimous court said at p. 629:

Even, however, if the cases could not be distinguished on their facts, it is my opinion that an intent to bring a Court or Judge into contempt is not an essential ingredient of this offence. In Canada the proposition stated in *R. v. Gray*, [1900] 2 Q.B. 36 at p. 40, by Lord Russell of Killowen has been accepted. He said:

Any act done or writing published calculated to bring a Court or a judge of the Court into contempt, or to lower his authority, is a contempt of Court. That is one class of contempt. Further, any act done or writing published calculated to obstruct or interfere with the due course of justice or the lawful process of the Courts is a contempt of Court.

These words have received the approval of the Supreme Court of Canada in *Poje et al. v. A-G. B.C.* (1953), 105 C.C.C. 311, [1953] 2 D.L.R. 785, [1953] 1 S.C.R. 516, and in *Re Duncan* (1957), 11 D.L.R. (2d) 616, [1958] S.C.R. 41. In my view, they express the law as it now stands in this country.

The word "calculated" as used here is not synonymous with the word "intended". The meaning it bears in this context is found in the Shorter Oxford English dictionary as fitted, suited, apt: see Glanville Williams *Criminal Law: General Part*, 2d ed. (1961), p. 66.

See also *R. v. Froese* (1980), 23 B.C.L.R. 181 (B.C.C.A.)

C. J. Miller, *Contempt of Court* (1976), lists the principal heads of criminal contempt as follows:

1. contempt in the face of the court which involves disruptive or disrespectful behaviour in the courtroom;
2. contempt through infringing the *sub judice* rule which involves conduct likely to influence the outcome of a trial;
3. scandalizing a court or a justice;
4. victimizing jurors, witnesses and other persons after the conclusion of the proceedings; and
5. publicizing judicial proceedings.

In addition, Miller includes a residual category of contempt offences in which he lumps the following: obstructing persons officially connected with

(3d) 621 (C.A.C.-B.) Le juge McIntyre, parlant au nom de la Cour d'appel, qui s'est prononcée à l'unanimité, a dit, à la p. 629:

[TRADUCTION] Toutefois, même s'il était impossible de faire des distinctions fondées sur les faits des différentes affaires, j'estime que l'intention d'attirer le mépris sur une cour ou un juge n'est pas un élément essentiel de cette infraction. Au Canada, on a retenu la proposition énoncée dans l'arrêt *R. v. Gray*, [1900] 2 Q.B. 36, à la p. 40, où lord Russell of Killowen a dit:

Tout acte ou toute publication propre à attirer le mépris sur une cour ou sur un juge ou à diminuer son autorité constitue une catégorie d'outrage au tribunal. De plus, tout acte ou toute publication propre à entraver la bonne marche de la justice ou les activités légales des tribunaux ou à y faire obstacle est également un outrage au tribunal.

Ces propos ont reçu l'approbation de la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Poje et al. v. A-G. B.C.* (1953), 105 C.C.C. 311, [1953] 2 D.L.R. 785, [1953] 1 R.C.S. 516, et *Re Duncan* (1957), 11 D.L.R. (2d) 616, [1958] R.C.S. 41. À mon avis, ce passage exprime le principe de droit qui s'applique actuellement au Canada.

Le mot anglais «*calculated*» (propre à) tel qu'il est employé ici n'est pas synonyme du terme «*intended*» (destiné à). Le sens qu'il a dans ce contexte se dégage du Shorter Oxford English Dictionary: adapté, adéquat, approprié. Voir Glanville Williams *Criminal Law: General Part*, 2d ed. (1961), à la p. 66.

Voir en outre l'arrêt *R. v. Froese* (1980), 23 B.C.L.R. 181 (C.A.C.-B.)

C. J. Miller, *Contempt of Court* (1976), dresse une liste des principales catégories d'outrage criminel:

- [TRADUCTION] 1. l'outrage commis en présence du juge qui consiste dans une conduite perturbatrice ou peu respectueuse dans la salle d'audience;
2. l'outrage qui consiste à manquer à la règle *sub judice*, ce qui nécessite une conduite qui influera vraisemblablement sur l'issue d'un procès;
 3. le fait de scandaliser un tribunal ou un juge;
 4. l'exercice de représailles contre les jurés, les témoins et d'autres personnes après que l'instance est terminée;
 5. le fait de faire de la publicité à propos d'une procédure judiciaire.

À ces catégories Miller ajoute une catégorie fourre-tout qui comprend les infractions suivantes: faire obstacle à des personnes ayant un rôle officiel

the court or its process, interference with persons under the special protective jurisdiction of the court, breach of duty by persons officially connected with the court or its process, forging, altering or abusing the process of the court, divulging the confidences of the jury room, preventing access by the public to courts of law, service of process in the precinct of the court, and disclosing the identity of witnesses.

The branch of contempt that comes close to resembling the problem posed by picketing is the prevention of public access to the courts, which falls within Miller's residual category. Although the Australian case *Ex parte Tubman; Re Lucas*, [1970] 3 N.S.W.R. 41 (N.S.W.C.A.), Miller cites in support of this category bears no factual similarity to picketing, Aspey J.A. in that case made the following comments (at p. 51):

I have no doubt that, when the proceedings of a court are to be administered as a forum open to the public, any person who, without lawful authority or justification, prevents or attempts to prevent not only parties, their legal representatives or witnesses but also members of the public who are desirous of being present at those proceedings from entering the court or its precincts could be adjudged guilty of contempt of court . . .

Acts which interfere with persons having duties to discharge in a court of justice, including parties, witnesses, jurors and officers of the court, constitute a contempt, see e.g. *Borrie and Lowe's Law of Contempt* (2nd ed. 1983), pp. 205 *et seq*; Miller, *Contempt of Court* (1976), at p. 229. In *Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.*, [1974] A.C. 273 (H.L.), at p. 310, Lord Diplock observed that contempt included "conduct that is calculated to inhibit suitors generally from availing themselves of their constitutional right to have their legal rights and obligations ascertained and enforced in courts of law . . ." Such conduct affects not only the particular interests of the parties to the case but also the public interest in the due administration of Justice. Similarly, in *Golder v. United Kingdom*, *supra*, at pp. 535-36, the European Court of Human Rights upheld the right of access

a auprès du tribunal ou en ce qui concerne ses activités, gêner des personnes spécialement protégées par le tribunal, manquer à un devoir dans le cas de personnes ayant un rôle officiel auprès du tribunal ou en ce qui concerne ses activités, fausser ou abuser des procédures, divulguer ce qui se dit en confidence dans la salle des jurés, empêcher le public d'avoir accès aux tribunaux, signifier des actes de procédure aux alentours du palais de justice et révéler l'identité de témoins.

b Le type d'outrage qui se rapproche le plus du problème posé par le piquetage est celui qui consiste à empêcher le public d'avoir accès aux tribunaux, ce qui tombe dans la catégorie fourre-tout de Miller. Quoique les faits de l'arrêt australien *Ex parte Tubman; Re Lucas*, [1970] 3 N.S.W.R. 41 (N.S.W.C.A.), que Miller cite pour justifier cette catégorie, ne présentent aucune ressemblance avec le piquetage, le juge Aspey y fait la remarque suivante (à la p. 51):

[TRADUCTION] Je n'ai pas le moindre doute que, quand une instance est censée se dérouler en audience publique, s'expose à une déclaration de culpabilité d'outrage au tribunal quiconque, sans autorisation ou justification légales, empêche ou tente d'empêcher non seulement les parties, leurs représentants ou des témoins, mais aussi les membres du public désireux d'assister à l'audience, d'entrer dans le palais de justice ou leur refuse l'accès aux alentours de celui-ci . . .

c Les actes qui gênent les personnes qui ont des fonctions à remplir auprès d'une cour de justice, y compris les parties, les témoins, les jurés et les officiers de justice, constituent un outrage: voir p. ex. *Borrie and Lowe's Law of Contempt* (2nd ed. 1983), aux pp. 205 et suiv.; Miller, *Contempt of Court* (1976), à la p. 229. Dans l'arrêt *Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.*, [1974] A.C. 273 (H.L.), à la p. 310, lord Diplock fait observer que l'outrage au tribunal embrasse [TRADUCTION] «une conduite qui d'une manière générale est propre à dissuader les poursuivants de se prévaloir de leur droit constitutionnel de faire établir par les cours de justice leurs droits et obligations juridiques pour les faire respecter . . .» Une telle conduite touche non seulement les intérêts personnels des parties au litige mais aussi l'intérêt public dans l'administration efficace de la justice. De même,

to the courts as a fundamental and universally recognized principle.

Wills J. in *R v. Davies*, [1906] 1 K.B. 32, at p. 41, referred to the "great principle" that courts or the administration of justice exist for the benefit of the people, that for the benefit of the people their independence must be protected from unauthorized interference, and that the law provides effective means by which this end can be secured.

Conduct designed to interfere with the proper administration of justice constitutes contempt of court which is said to be "criminal" in that it transcends the limits of any dispute between particular litigants and constitutes an affront to the administration of justice as a whole: *Poje v. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 S.C.R. 516. It follows that McEachern C.J.S.C. and the British Columbia Court of Appeal correctly concluded that the picketing of the court-houses of British Columbia constituted a criminal contempt.

Procedural Questions

The Union contends that McEachern C.J.S.C. lacked jurisdiction to enjoin picketing on his own motion and *ex parte*. The action taken by the Chief Justice was admittedly unusual, but so was the situation which confronted him. The case law does hold that the court may in certain instances act *ex mero motu*. In *Poje, supra*, an injunction had been issued in a labour dispute. The injunction was disobeyed but the dispute between the immediate parties had been settled and they accordingly had no interest in taking contempt proceedings. This Court held that in certain circumstances, a breach of a court order undermined a court's authority, and that even though the immediate parties chose not to proceed, the court could act on its own. There are many other instances where this authority has been upheld and acted upon: *Foothills Provincial General Hospital Board v. Broad* (1975), 57 D.L.R. (3d) 758 (Alta. S.C.); *Churchman v. Joint Shop Stewards' Committee of the Workers of the Port of London*,

dans l'*Affaire Golder*, précitée, à la p. 17, la Cour européenne des droits de l'homme a confirmé le droit d'accès aux tribunaux comme un principe fondamental universellement reconnu.

^a Le juge Wills dans la décision *R. v. Davies*, [1906] 1 K.B. 32, à la p. 41, parle du «grand principe» voulant que les tribunaux ou l'administration de la justice existent pour le bénéfice du peuple, que, dans l'intérêt du peuple, l'indépendance des tribunaux doit être protégée contre toute ingérence non autorisée et qu'il y a en droit des moyens efficaces d'atteindre ce but.

^c Une conduite destinée à entraver la bonne administration de la justice constitue un outrage au tribunal qu'on qualifie de «criminel» en ce sens qu'elle transcende les limites d'un différend entre les parties au litige et représente une atteinte à l'administration de la justice dans son ensemble: *Poje v. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 R.C.S. 516. Il s'ensuit que le juge en chef McEachern et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont conclu à bon droit que le piquetage des palais de justice de la Colombie-Britannique était un outrage criminel.

Les questions procédurales

^f Le syndicat prétend que le juge en chef McEachern n'avait pas compétence pour interdire le piquetage de sa propre initiative et *ex parte*. Certes, le Juge en chef a pris une mesure inhabituelle, mais la situation devant laquelle il se trouvait l'était également. La jurisprudence dit bien que les tribunaux peuvent dans certains cas agir *ex mero motu*. En effet, dans l'affaire *Poje*, précitée, une injonction avait été rendue à l'occasion d'un conflit de travail. Cette injonction n'a pas été respectée; toutefois, comme le conflit entre les parties au litige avait été réglé, ces dernières n'avaient aucun intérêt à engager une procédure pour outrage au tribunal. Cette Cour a jugé qu'il est des circonstances où la violation de l'ordonnance d'une cour en mine l'autorité et que, même si les parties au litige décidaient de ne pas poursuivre, la cour pouvait agir de son propre chef. Il y a beaucoup d'autres affaires où cet arrêt a été approuvé et suivi: *Foothills Provincial General Hospital Board v. Broad* (1975), 57 D.L.R. (3d)

[1972] 3 All E.R. 603 (C.A.); *Con-Mech (Engineers) Ltd. v. Amalgamated Union of Engineering Workers*, [1973] I.C.R. 620; *R. v. United Fishermen and Allied Workers' Union* (1967), 63 D.L.R. (2d) 356 (B.C.C.A.)

The English authorities were reviewed and summarized in *Balogh v. Crown Court at St. Alban's*, [1974] 3 All E.R. 283 (C.A.), at p. 287 and p. 288, by Lord Denning MR:

Gathering together the experience of the past, then whatever expression is used, a judge of one of the superior courts or a judge of assize could always punish summarily of his own motion for contempt of court whenever there was a gross interference with the court of justice in a case that was being tried, or about to be tried, or just over—no matter whether the judge saw it with his own eyes or it was reported to him by the officers of the court, or by others—whenever it was urgent and imperative to act at once.

This power of summary punishment is a great power, but it is a necessary power. It is given so as to maintain the dignity and authority of the judge and to ensure a fair trial. It is to be exercised by the judge of his own motion only when it is urgent and imperative to act immediately—so as to maintain the authority of the court—to prevent disorder—to enable witnesses to be free from fear—and jurors from being improperly influenced—and the like. It is, of course, to be exercised with scrupulous care, and only when the case is clear and beyond reasonable doubt But properly exercised, it is a power of the utmost value and importance which should not be curtailed.

Similarly, there is ample authority for the issuance of *ex parte* injunctions in those situations where the delay necessary to give notice to the party sought to be enjoined will entail the irreparable loss of rights. McEachern C.J.S.C. faced such a situation on the morning of November 1, 1983. It was, as I have said, a normal working day for the courts and if the courts were to carry on with important matters, immediate and decisive

758 (C.S. Alb.); *Churchman v. Joint Shop Stewards' Committee of the Workers of the Port of London*, [1972] 3 All E.R. 603 (C.A.); *Con-Mech (Engineers) Ltd. v. Amalgamated Union of Engineering Workers*, [1973] I.C.R. 620; *R. v. United Fishermen and Allied Workers' Union* (1967), 63 D.L.R. (2d) 356 (C.A.C.-B.)

Les décisions anglaises dans ce domaine ont été passées en revue et résumées par le maître des rôles lord Denning dans l'arrêt *Balogh v. Crown Court at St. Alban's*, [1974] 3 All E.R. 283 (C.A.), aux pp. 287 et 288:

[TRADUCTION] Donc, d'après ce que nous enseigne le passé, quelle que soit l'expression employée, un juge de cour supérieure ou un juge d'assises pouvait toujours, de sa propre initiative, punir sommairement l'outrage au tribunal chaque fois qu'il y avait eu entrave flagrante d'une cour de justice dans une affaire en voie d'être entendue, sur le point d'être entendue ou venant de se terminer—peu importe que le juge ait été lui-même témoin de l'outrage ou qu'il lui ait été signalé par les officiers de justice ou par d'autres—lorsqu'il était urgent et impératif d'agir immédiatement.

Ce pouvoir de punir sommairement est énorme, mais c'est un pouvoir nécessaire. Il est conféré afin de maintenir la dignité et l'autorité du juge et pour assurer des procès équitables. Le juge ne doit l'exercer de son propre chef que quand il est urgent et impératif d'agir immédiatement—pour maintenir l'autorité de la cour—pour éviter le désordre—pour que les témoins ne soient pas dans la crainte—pour que les jurés ne se fassent pas suborner—etc. Il s'agit évidemment d'un pouvoir qui doit s'exercer scrupuleusement et seulement dans un cas qui est clair et à l'égard duquel il ne subsiste aucun doute raisonnable Toutefois, pour peu qu'il soit exercé à bon escient, ce pouvoir est d'une valeur et d'une importance capitales et ne doit pas être restreint.

De même, il ne manque pas de jurisprudence autorisant le prononcé d'injonctions *ex parte* lorsque le retard nécessaire pour qu'il y ait signification à la partie à laquelle l'injonction doit être adressée entraînera la perte irréparable de droits. C'est à une telle situation que le juge en chef McEachern faisait face le matin du 1^{er} novembre 1983. Ainsi que je l'ai déjà dit, c'était un jour ouvrable normal pour les tribunaux et s'ils devaient poursuivre leurs tâches importantes, il fallait agir sur-le-champ et décisivement. Pour

action was called for. It was, in the words of Lord Denning "urgent and imperative to act at once".

Although the act of picketing did not take place strictly within the court room itself, the courts of British Columbia found, correctly in my view, that it constituted contempt in the face of the court. The picketing was within the immediate precincts of the court-houses, obvious to all who approached the courts, including the Chief Justice as he entered the Vancouver court-house that day, and it was directed against the immediate activity taking place in the courts. In the *Balogh* case, *supra*, the English Court of Appeal confirmed that the summary power to deal with contempt could be exercised even though the activity in question did not take place immediately within the court room. See also *McKeown v. The Queen*, [1971] S.C.R. 446.

McEachern C.J.S.C. acted *ex parte*, but it should also be noted that he took careful account of the procedural rights at stake. The appellant Union was expressly given the right to move to have the order set aside and this, of course, happened within two days of the original order. At that time, full rights to present evidence and argument were accorded to the Union. While the Chief Justice acted upon his own observations, the case did not involve contested facts. The argument on the motion to set aside centred upon applicable legal principles. No one was convicted of contempt and no penalty was imposed. The effect of the order was really to put the Union and its members on notice that their conduct constituted a contempt and that if it continued, penalties would be imposed in the future. If the injunction had been disobeyed, and if charges of contempt had been brought, it would have been necessary to invoke the usual procedures and to respect the safeguards available to anyone charged with a criminal contempt. But that was not the situation confronting McEachern C.J.S.C. on the morning the picket lines were set up. As Chief Justice, he had the legal constitutional right and duty to ensure that the courts of the province would continue to function. His action went no further than that which

reprendre les propos de lord Denning, il était «urgent et impératif d'agir immédiatement».

Bien que le piquetage n'ait pas à proprement parler eu lieu dans la salle d'audience elle-même, les tribunaux de la Colombie-Britannique ont jugé, avec raison à mon avis, qu'il constituait un outrage commis en présence du juge. Le piquetage s'effectuait dans les alentours immédiats des palais de justice, au vu de tous et notamment du Juge en chef quand il est entré dans le palais de justice de Vancouver ce jour-là, et ce piquetage s'attaquait aux activités qui se déroulaient alors dans les palais de justice. Dans l'arrêt *Balogh*, précité, la Cour d'appel d'Angleterre a confirmé que le pouvoir de sanctionner sommairement l'outrage au tribunal pouvait être exercé même si l'acte en question n'avait pas été commis dans la salle d'audience. Voir en outre l'arrêt *McKeown c. La Reine*, [1971] R.C.S. 446.

Le juge en chef McEachern a agi *ex parte*, mais il convient aussi de faire remarquer qu'il a eu bien soin de prendre en considération les droits procéduraux qui étaient en jeu. Il a expressément accordé au syndicat appelant le droit de présenter une requête en annulation de l'ordonnance, ce qui s'est bien entendu produit dans les deux jours du prononcé de l'ordonnance originale. À ce moment là le syndicat a eu l'entière possibilité de produire des preuves et de plaider. Quoique le Juge en chef ait agi sur la foi de ses propres observations, les faits de l'affaire n'étaient pas contestés. La plaidoirie relative à la requête en annulation portait essentiellement sur les principes de droit applicables. Personne n'a été déclaré coupable d'outrage au tribunal et aucune peine n'a été infligée. L'ordonnance a en réalité eu pour effet de prévenir le syndicat et ses membres que leur conduite constituait un outrage et que s'ils se continuaient il y aurait des sanctions dans l'avenir. Si on avait désobéi à l'injonction et si des accusations d'outrage avaient été portées, il aurait fallu à ce moment-là procéder de la manière habituelle en respectant les garanties dont bénéficie toute personne accusée d'un outrage criminel. Ce n'était toutefois pas là la situation qui se présentait au juge en chef McEachern le matin où ont été

was necessary to ensure respect for that most important principle.

VI

Labour Legislation

The Union contends that the *Labour Code*, R.S.B.C. 1979, c. 212, confers exclusive jurisdiction to enjoin any picketing in connection with a labour dispute upon the Labour Relations Board of British Columbia.

As the judgments already delivered in this matter point out, both the Labour Relations Board and the courts of British Columbia have held that while the Board does have jurisdiction in relation to what might be described as the labour relations aspect of picketing, the courts retain full authority to deal with violations of civil and criminal law arising from picketing.

It is well established that the courts have the jurisdiction to defend their own authority. This jurisdiction is inherent in the very idea of a court. It is admirably summarized by I. H. Jacob in "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1970), 23 *Current Legal Problems* 23, at pp. 27-28:

For the essential character of a superior court of law necessarily involves that it should be invested with a power to maintain its authority and to prevent its process being obstructed and abused. Such a power is intrinsic in a superior court; it is its very life-blood, its very essence, its immanent attribute. Without such a power, the court would have form but would lack substance. The jurisdiction which is inherent in a superior court of law is that which enables it to fulfil itself as a court of law. The juridical basis of this jurisdiction is therefore the authority of the judiciary to uphold, to protect and to fulfil the judicial function of administering justice according to law in a regular, orderly and effective manner.

dressées les lignes de piquetage. En tant que Juge en chef il avait en vertu de la Constitution le droit et l'obligation de voir à ce que les tribunaux de la province continuent à fonctionner. La mesure qu'il a prise se limitait à ce qui était nécessaire pour assurer le respect de ce principe de la plus haute importance.

VI

La législation en matière de relations du travail

Le syndicat prétend que le *Labour Code*, R.S.B.C. 1979, chap. 212, confère à la Labour Relations Board de la Colombie-Britannique (ci-après la «commission») une compétence exclusive pour rendre une injonction interdisant tout piquetage dans le cadre d'un conflit de travail.

Ainsi que les jugements déjà rendus dans la présente affaire le soulignent, tant la commission que les tribunaux de la Colombie-Britannique ont conclu que, si la commission a effectivement compétence relativement à ce qu'on pourrait décrire comme l'aspect relations du travail du piquetage, les tribunaux conservent le plein pouvoir de juger les violations du droit civil et criminel survenant au cours du piquetage.

Il est bien établi que les tribunaux ont compétence pour défendre leur propre autorité. Cette compétence est inhérente à l'idée même d'un tribunal et I. H. Jacob en fait un résumé admirable dans «The Inherent Jurisdiction of the Court» (1970), 23 *Current Legal Problems* 23, aux pp. 27 et 28:

[TRADUCTION] De par son caractère essentiel une cour supérieure de justice doit nécessairement être investie du pouvoir de maintenir son autorité et d'empêcher qu'on fasse obstacle à ses actes de procédure ou qu'on en abuse. Il s'agit d'un pouvoir intrinsèque d'une cour supérieure; c'est son âme et son essence mêmes, son attribut immanent. Dénuée de ce pouvoir, la cour serait une entité ayant une forme mais aucune substance. La compétence inhérente d'une cour supérieure est celle qui lui permet de se réaliser en tant que cour de justice. Le fondement juridique de cette compétence est donc le pouvoir qu'ont les tribunaux de maintenir, de protéger et de remplir la fonction judiciaire qui est d'administrer la justice conformément à la loi d'une manière régulière, ordonnée et efficace.

In *Better Value Furniture (CHWK) Ltd. v. General Truck Drivers and Helpers Union, Local 31* (1981), 26 B.C.L.R. 273 (B.C.C.A.), (leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused, [1981] 2 S.C.R. viii), Nemetz C.J.B.C., speaking for the majority, said at p. 276:

A difficult question of law is thus raised, which can only be answered by examining the apposite sections of the Labour Code. It is to be remembered that the Code came into being in 1973, and had the effect, inter alia, of transferring from the courts to the labour board the jurisdiction to deal with provincial labour disputes. As a consequence of this enactment, it was inevitable that litigation would ensue in order to delineate the borders of jurisdiction of the courts vis-a-vis the board. One of the first suits had to do with the jurisdiction of the board to prohibit picketing which forcibly cut off an employer from its mine property. The board found that it had no jurisdiction to restrain this forcible aspect of picketing. The board concluded that it had exclusive jurisdiction over the industrial relations regulation of picketing, such as its object, timing, and location, while the courts retained jurisdiction over violations of the general law, both civil and criminal, occurring in the course of picketing (*Canex Placer Ltd. v. C.A.I.M.A.W.*, [1975] 1 C.L.R.B.R. 269). This position has been adopted, correctly, in my opinion, by the Supreme Court of British Columbia in several decisions: *All-town Const. Ltd. v. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of Amer.*, *Loc. 1598*, McKay J., 1976 (unreported); *Central Native Fishermen's Co-op. v. B.C. Prov. Council*, [1975] 6 W.W.R. 699, 76 C.L.L.C. 14,040, 61 D.L.R. (3d) 677 (B.C.) (per Toy J.); *Alcan Smelters & Chemicals Ltd. v. Can. Assn. of Smelter & Allied Wkrs.*, *Loc. 1* (1977), 3 B.C.L.R. 163 (S.C.) (per Macfarlane J.); *Miko & Sons Logging Ltd. v. Penner*, [1976] 4 W.W.R. 756, 77 C.L.L.C. 14,063 (per McKay J.); and *Pitura v. Lincoln Motors* (1978), 9 B.C.L.R. 77, 94 D.L.R. (3d) 421 (sub nom. *Pitura v. Lincoln Manor Ltd.*) (S.C.) (Per Munroe J.).

Then, after referring to *Labour Code*, s. 28, Nemetz C.J.B.C. said at pp. 278-79:

A propos s. 28, it is manifest that a "matter" cannot be the subject of a complaint unless it contravenes the Labour Code, a collective agreement or the regulations. In respect of s. 31 the same situation obtains: "... the board has and shall exercise exclusive jurisdiction to

Dans l'arrêt *Better Value Furniture (CHWK) Ltd. v. General Truck Drivers and Helpers Union, Local 31* (1981), 26 B.C.L.R. 273 (C.A.C.-B.), (autorisation de se pourvoir devant la Cour suprême du Canada refusée, [1981] 2 R.C.S. viii), le juge en chef Nemetz, parlant au nom de la majorité, dit à la p. 276:

[TRADUCTION] Il se pose donc une question de droit épineuse à laquelle on ne peut répondre qu'en examinant les articles pertinents du Labour Code. Rappelons que celui-ci a été adopté en 1973 et a notamment eu pour effet de transférer des tribunaux à la commission des relations du travail la compétence pour régler les conflits de travail provinciaux. Par suite de l'adoption de ce texte, il était inévitable que des litiges s'ensuivent afin que soient précisées les limites de la compétence des tribunaux par rapport à celle de la commission. L'une des premières actions portait sur la compétence de la commission pour interdire le piquetage qui empêchait par la force un employeur de pénétrer sur sa propriété minière. La commission a conclu qu'elle n'avait pas compétence pour prohiber ce genre de piquetage. D'après la commission, elle avait compétence exclusive sur la réglementation du piquetage dans son aspect de relations industrielles, notamment l'objet, le moment et le lieu du piquetage, tandis que les tribunaux conservaient une compétence relativement aux infractions de droit commun, tant civiles que criminelles, se produisant au cours du piquetage (*Canex Placer Ltd. v. C.A.I.M.A.W.*, [1975] 1 C.L.R.B.R. 269). C'est cette position qu'a adoptée, avec raison selon moi, la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans plusieurs décisions: *All-town Const. Ltd. v. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of Amer.*, *Loc. 1598*, le juge McKay, 1976 (inédiée); *Central Native Fishermen's Co-op. v. B.C. Prov. Council*, [1975] 6 W.W.R. 699, 76 C.L.L.C. 14,040, 61 D.L.R. (3d) 677 (C.-B.) (le juge Toy); *Alcan Smelters & Chemicals Ltd. v. Can. Assn. of Smelter & Allied Wkrs.*, *Loc. 1* (1977), 3 B.C.L.R. 163 (C.S.) (le juge Macfarlane); *Miko & Sons Logging Ltd. v. Penner*, [1976] 4 W.W.R. 756, 77 C.L.L.C. 14,063 (le juge McKay); et *Pitura v. Lincoln Motors* (1978), 9 B.C.L.R. 77, 94 D.L.R. (3d) 421 (sub nom. *Pitura v. Lincoln Manor Ltd.*) (C.S.) (le juge Munroe).

Puis, s'étant référé à l'art. 28 du *Labour Code*, le juge en chef Nemetz ajoute, aux pp. 278 et 279:

[TRADUCTION] En ce qui concerne l'art. 28, il est évident qu'une «question» ne peut faire l'objet d'une plainte que s'il s'agit d'une violation du Labour Code, d'une convention collective ou du règlement. Il en va de même de l'art. 31 qui porte notamment: «... la commis-

hear and determine an application or complaint *under this Act*" (the italics are mine). This clearly shows that the board's jurisdiction is confined to hearing applications or complaints coming under the Labour Code. Conversely, it follows that there is jurisdiction in the court to consider any matter that does *not* involve contraventions of the Labour Code, a collective agreement or the regulations. This interpretation is supported by the general scheme of the Act which establishes limits to the extent of the board's jurisdiction, e.g., s. 32(4), which provides that the board's consent to an action for damages is required only in a case where the injury or losses arise as a consequence of conduct contravening the Code. Even s. 33, granting the board jurisdiction to determine the extent of its own jurisdiction, is limited to its jurisdiction "under this Act, a collective agreement or the regulations". This action for damages is brought against the union for inducing breach of contract by interfering with the contractual relations between the non-allied distributor and Better Value. It is an action in tort, the merits of which can be determined independently of finding a breach of the Code, its regulations or a collective agreement.

Counsel for the Attorney General of Canada submitted:

(7) The fact the order was issued in relation to a criminal contempt brings it within the federal jurisdiction under head 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, relating to criminal law and procedure.

(8) The inherent (or common law) jurisdiction of the courts to punish for contempt is preserved by s. 8 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. 34 [*sic*], as amended.

(9) Control of labour relations of provincial court employees is *prima facie* within provincial legislative jurisdiction

I agree with counsel's three submissions. Striking court employees, as anyone else, must obey the law in relation to criminal contempt, just as they are subject to the legislated offences in the *Criminal Code*. To argue, as the Union does, that striking court employees are not controllable by the federal criminal power in this sense is to suggest

sion possède et exerce une compétence exclusive pour entendre une demande ou une plainte *en vertu de la présente loi* et pour statuer sur elles» (mes italiques). Voilà qui indique clairement que la compétence de la commission se limite à entendre des demandes ou des plaintes relevant du Labour Code. Inversement, il s'ensuit que le tribunal a compétence relativement à toute question où il *ne* s'agit *pas* de violations du Labour Code, d'une convention collective ou du règlement. Cette interprétation est appuyée par la Loi elle-même puisqu'elle fixe des limites à l'étendue de la compétence de la commission, p. ex. le par. 32(4) qui prévoit que le consentement de la commission à une action en dommages-intérêts est requis uniquement dans un cas où les lésions corporelles ou les pertes résultent d'une conduite contraire au Code. Même l'art. 33, qui habilite la commission à déterminer l'étendue de sa propre compétence, précise qu'il s'agit de sa compétence «en vertu de la présente loi, d'une convention collective ou du règlement». En l'espèce, l'action en dommages-intérêts a été intentée contre le syndicat parce que celui-ci a incité à la rupture de contrat en s'ingérant dans les relations contractuelles entre le distributeur non affilié et Better Value. C'est une action délictuelle qui pourra être tranchée sur le fond indépendamment d'une violation du Code, de son règlement d'application ou d'une convention collective.

L'avocat du procureur général du Canada a avancé les arguments suivants:

[TRADUCTION] (7) Comme l'ordonnance se rapporte à un outrage criminel, elle relève de la compétence fédérale en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatif au droit criminel et à la procédure en matière criminelle.

(8) La compétence inhérente (ou de *common law*) qu'ont les tribunaux pour sanctionner l'outrage est maintenue par l'art. 8 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, et modifications.

(9) Les relations du travail dans le cas des employés des cours provinciales relèvent *prima facie* de la compétence législative des provinces

Je suis d'accord avec ces trois arguments. Les employés des tribunaux qui font la grève doivent, comme n'importe qui, obéir aux règles de droit applicables à l'outrage criminel, de même qu'ils sont soumis aux dispositions du *Code criminel*. Prétendre, comme le syndicat, que les employés des tribunaux qui font la grève ne sont pas assujet-

that they can ignore the criminal law with impunity, simply because their labour relations are governed by provincial labour legislation.

The Union also contends that as the strike was lawful, and as the *Labour Code* permits picketing in the course of a lawful strike, the legality of all aspects of picketing is put beyond the reach of the criminal law or criminal contempt. This sweeping proposition cannot be accepted. The *Labour Code* covers picketing from the aspect of labour relations only. It does not confer a blanket immunity upon picketers, whatever laws they break. Although lawful for labour relations purposes, picketing which restricts access to the courts is not relieved of being classified as criminal under the law of contempt.

VII

The Charter Claims of the Union

The *Charter* arguments advanced by the Union apparently did not figure large in the courts below. As I have indicated, they are not referred to in the reasons of McEachern C.J.S.C. and although brief mention is made of the *Charter* in the reasons of Nemetz C.J.B.C., only s. 2(b) and (c) are alluded to. Before this Court, constitutional questions were stated and reliance was placed on ss. 7, 11(a), (c) and (d), as well as s. 2(b) and (c). The Union, however, expressly abandoned any reliance on s. 11(c) and made no submissions on s. 2(c). It remains therefore to consider ss. 2(b), 7, 11(a) and (d).

As a preliminary matter, one must consider whether the order issued by McEachern C.J.S.C. is, or is not, subject to *Charter* scrutiny. *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, holds that the *Charter* does apply to the common law, although not where the common law is invoked with reference to a purely private dispute. At issue here is the validity of a common law breach of criminal law and ultimately the authority of the court to punish for breaches of that law.

tis au pouvoir fédéral en matière criminelle en ce sens revient à dire qu'ils peuvent impunément braver le droit criminel simplement parce que les relations du travail en ce qui les concerne sont régies par une loi provinciale.

Le syndicat soutient en outre qu'étant donné qu'il s'agissait d'une grève légale et que le *Labour Code* permet en ce cas le piquetage, la légalité du piquetage dans tous ses aspects échappe au droit criminel et au droit en matière d'outrage criminel. Une proposition d'une portée aussi vaste ne saurait être admise. Le *Labour Code* vise le piquetage uniquement du point de vue des relations du travail. Il ne fait pas bénéficier les piqueteurs d'une immunité générale, quelles que soient les lois qu'ils enfreignent. Quoique légal dans le contexte des relations du travail, le piquetage qui restreint l'accès aux tribunaux n'en demeure pas moins susceptible d'être qualifié de criminel aux fins du droit en matière d'outrage.

VII

e Les arguments du syndicat fondés sur la Charte

À l'évidence, les arguments du syndicat fondés sur la *Charte* n'ont pas été mis au premier plan devant les tribunaux d'instance inférieure. Comme je l'ai déjà signalé, le juge en chef McEachern n'en parle pas dans ses motifs et, quoique le juge en chef Nemetz se réfère brièvement à la *Charte* dans les siens, il ne fait mention que des al. 2b) et c). En cette Cour, des questions constitutionnelles ont été formulées et on a invoqué l'art. 7 et les al. 11a), c) et d) ainsi que les al. 2b) et c). Le syndicat a toutefois expressément renoncé à s'appuyer sur l'al. 11c) et n'a présenté aucun argument relativement à l'al. 2c). Reste donc à examiner l'al. 2b), l'art. 7, et les al. 11a) et d).

Il faut tout d'abord déterminer si l'ordonnance rendue par le juge en chef McEachern peut ou non faire l'objet d'un examen en vertu de la *Charte*. L'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, établit que la *Charte* s'applique effectivement à la *common law*, sauf lorsque la *common law* est invoquée relativement à un différend purement privé. Ce qui est présentement en cause est la validité d'une violation du droit criminel selon la *common law* et, en dernière analyse, le

The court is acting on its own motion and not at the instance of any private party. The motivation for the court's action is entirely "public" in nature, rather than "private". The criminal law is being applied to vindicate the rule of law and the fundamental freedoms protected by the *Charter*. At the same time, however, this branch of the criminal law, like any other, must comply with the fundamental standards established by the *Charter*.

Section 2(b)—Freedom of Expression

This Court has held that picketing in the context of a labour dispute contains an element of expression which attracts the protection of s. 2(b): *Dolphin Delivery*, *supra*, at p. 586 and p. 588:

The question now arises: Is freedom of expression involved in this case? In seeking an answer to this question, it must be observed at once that in any form of picketing there is involved at least some element of expression. The picketers would be conveying a message which at a very minimum would be classed as persuasion, aimed at deterring customers and prospective customers from doing business with the respondent. The question then arises. Does this expression in the circumstances of this case have *Charter* protection under the provisions of s. 2(b), and if it does, then does the injunction abridge or infringe such freedom?

The union is making a statement to the general public that it is involved in a dispute, that it is seeking to impose its will on the object of the picketing, and that it solicits the assistance of the public in honouring the picket line. Action on the part of the picketers will, of course, always accompany the expression, but not every action on the part of the picketers will be such as to alter the nature of the whole transaction and remove it from *Charter* protection for freedom of expression. That freedom, of course, would not extend to protect threats of violence or acts of violence. It would not protect the destruction of property, or assaults, or other clearly unlawful conduct. We need not, however, be concerned with such matters here because the picketing would have been peaceful. I am therefore of the view that the picketing sought to be restrained would have involved the exercise of the right of freedom of expression.

pouvoir d'une cour de sanctionner ce type de violation. La cour agit à ce moment-là de sa propre initiative et non pas à la requête d'un particulier. Elle le fait pour des motifs de caractère entièrement «public» plutôt que «privé». Il s'agit de l'application du droit criminel pour défendre la primauté du droit et les libertés fondamentales garanties par la *Charte*. En même temps, toutefois, on doit dans cette branche du droit criminel, comme dans n'importe quelle autre, se conformer aux normes fondamentales établies par la *Charte*.

L'alinéa 2b)—liberté d'expression

Cette Cour a statué que le piquetage dans le contexte d'un conflit de travail renferme un élément d'expression qui attire la protection accordée par l'al. 2b): *Dolphin Delivery*, précité, aux pp. 586 et 588:

La question qui se pose maintenant est la suivante: La liberté d'expression est-elle en cause en l'espèce? En cherchant la réponse à cette question, il convient de souligner au départ que, quelle que soit la forme qu'il prend, le piquetage comporte un certain élément d'expression. Les piqueteurs se trouveraient à transmettre un message qui serait considéré à tout le moins comme de la persuasion visant à dissuader les clients actuels et éventuels de l'intimée de faire affaires avec celle-ci. La question se pose ensuite de savoir si, dans les circonstances de la présente espèce, il s'agit là d'une forme d'expression qui bénéficie de la protection accordée par l'al. 2b) de la *Charte* et, dans l'affirmative, si l'injonction restreint ou porte atteinte à cette liberté.

Le syndicat informe le grand public qu'il est impliqué dans un conflit de travail, qu'il cherche à imposer sa volonté à l'entreprise qui fait l'objet du piquetage et qu'il demande aux membres du public de l'aider en respectant la ligne de piquetage. Cette forme d'expression sera évidemment toujours accompagnée d'actes de la part des piqueteurs, mais ce ne sont pas tous leurs actes qui auront pour effet de changer la nature de l'ensemble de l'opération et de la soustraire à la protection accordée à la liberté d'expression par la *Charte*. Bien sûr, cette liberté ne jouerait pas dans le cas de menaces ou d'actes de violence. Aucune protection n'est accordée lorsqu'il y a destruction de biens, voies de fait ou autres types de conduite manifestement illégale. Nous n'avons toutefois pas à nous préoccuper de cela puisque, en l'espèce, le piquetage aurait été paisible. Je suis donc d'avis que le piquetage qu'on a voulu empêcher aurait comporté l'exercice du droit à la liberté d'expression.

The picketing in the circumstances of the case at bar was peaceful and there were no threats of violence or acts of violence, nor was there any destruction of property. What is at issue is the right of the Union and its members to urge members of the public not to enter the court-house. It is true that apart from the *Charter*, for the reasons just given, the picketing was unlawful. In *Dolphin Delivery*, the picketing was also unlawful in that it constituted the tort of inducing breach of contract. The Court held that the constitutional validity of an injunction to restrain commission of that tort had to be determined pursuant to the analysis required under s. 1 of the *Charter*. The issue here is whether the law of criminal contempt and the injunction to enforce the law pass scrutiny under the *Charter*, and it follows from *Dolphin Delivery* that this issue must be dealt with pursuant to s. 1.

Before considering this issue, I will canvass the other *Charter* rights alleged to have been infringed.

Section 7

Section 7 of the *Charter* provides:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

Assuming for the purposes of the argument that the effect of the injunction was to deny the Union members' right to liberty protected by s. 7, the denial of that right was fully in accordance with the principles of fundamental justice. While *ex parte* injunctions are the exception rather than the rule, it is well-established that a judge does have the discretion to make such an order in appropriate circumstances. An injunction plainly does not violate s. 7 of the *Charter* solely because it was granted *ex parte*. Where the circumstances are such that the delay necessary to give notice might result in an immediate and serious violation of rights, an *ex parte* injunction may be issued. The effect of the injunction was to put the appellants on notice that their conduct was unlawful and that

En l'espèce, le piquetage a été paisible, sans menaces de violence ni actes de violence; il n'y a pas eu non plus de destruction de biens. Ce qui est en cause est le droit du syndicat et de ses membres d'exhorter les membres du public à ne pas entrer dans le palais de justice. Il est vrai que, si l'on fait abstraction de la *Charte*, le piquetage était illégal pour les raisons qui viennent d'être exposées. Dans l'affaire *Dolphin Delivery*, le piquetage était également illégal en ce sens qu'il constituait le délit civil d'incitation à la rupture de contrat. La Cour a conclu que la constitutionnalité d'une injonction visant à empêcher la perpétration de ce délit civil devait être déterminée en fonction de l'analyse exigée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Or, la question qui se pose en l'espèce est de savoir si le droit en matière d'outrage criminel et l'injonction destinée à faire respecter les règles de droit sont conformes à la *Charte* et il découle de l'arrêt *Dolphin Delivery* que c'est là une question à examiner à la lumière de l'article premier.

Avant de passer à cette question, je traiterai des autres droits garantis par la *Charte* qu'on prétend violés.

L'article 7

L'article 7 de la *Charte* est ainsi conçu:

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.

À supposer aux fins de la discussion que l'injonction en cause ait porté atteinte au droit des membres du syndicat à la liberté, garanti par l'art. 7, cette atteinte était en parfaite conformité avec les principes de justice fondamentale. Bien que les injonctions *ex parte* soient l'exception plutôt que la règle, il est bien établi qu'un juge détient le pouvoir discrétionnaire de rendre une telle ordonnance dans des circonstances appropriées. Une injonction ne constitue évidemment pas une violation de l'art. 7 de la *Charte* du seul fait qu'elle a été accordée *ex parte*. Lorsque les circonstances sont telles que le retard nécessaire pour la signification peut entraîner une atteinte immédiate et grave à des droits, il est loisible de rendre une injonction *ex parte*. En l'espèce, l'injonction a eu pour effet de

it would be sanctioned if it continued. In the circumstances, the order of McEachern C.J.S.C. constituted a minimal interference with the procedural rights of those who had set out on a deliberate course of action which could only result in a massive disruption of the activities of the courts and consequent interference with the legal and constitutional rights of all citizens of British Columbia. Given that context, it can hardly be said that the order violated fundamental justice.

Section 11(a) and (d)

Section 11(a) and (d) provide as follows:

11. Any person charged with an offence has the right (a) to be informed without unreasonable delay of the specific offence;

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal.

At no stage in the entire history of this matter has there been anyone charged with an offence nor has any penal sanction been imposed upon any offender. In *Attorney-General of Quebec v. Laurendeau* (1982), 145 D.L.R. (3d) 526, 33 C.R. (3d) 40 (Que. S.C.), at p. 528, Rothman J. said:

(TRANSLATION) I am not convinced, however, that the summary motion for contempt presented by the Crown in the case at bar constitutes a charge or that the contempt referred to in the motion constitutes an offence within the meaning of s. 11(f) of the Charter.

The exercise by a superior court of criminal jurisdiction of contempt of court powers is merely an aspect of the exercise of inherent powers essential to the administration of justice in any criminal case.

In exercising these inherent powers the court is not accusing a person of having committed an offence within the ordinary meaning of that word.

Had the injunction been disobeyed and had proceedings been taken against an individual for such disobedience, then obviously at that stage, the ordinary procedural guarantees would apply. How-

prévenir l'appelant que sa conduite était illégale et qu'elle donnerait lieu à des sanctions si elle se poursuivait. Dans cette situation, l'ordonnance du juge en chef McEachern représentait une atteinte minimale aux droits procéduraux de ceux qui s'étaient délibérément engagés dans une voie qui ne pouvait aboutir qu'à une perturbation massive des activités des tribunaux et, par conséquent, à une violation des droits dont jouissent tous les citoyens de la Colombie-Britannique en vertu de la loi et de la Constitution. Dans ce contexte-là, on ne saurait guère prétendre que l'ordonnance allait à l'encontre de la justice fondamentale.

c Les alinéas 11a) et d)

Les alinéas 11a) et d) disposent:

11. Tout inculpé a le droit:

a) d'être informé sans délai anormal de l'infraction précise qu'on lui reproche;

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable.

Depuis le commencement de la présente affaire, personne n'a été accusé d'une infraction et aucune sanction pénale n'a été infligée à qui que ce soit. Dans l'affaire *Attorney-General of Quebec v. Laurendeau* (1982), 145 D.L.R. (3d) 526, 33 C.R. (3d) 40 (C.S. Qué.), le juge Rothman a dit aux pp. 41 et 42:

Par contre, je ne suis pas convaincu que la requête sommaire en outrage présentée par la Couronne dans la présente cause constitue une inculpation, ni que l'outrage mentionné dans la requête constitue une infraction dans le sens de l'art. 11(f) de la Charte.

L'exercice par une cour supérieure de juridiction criminelle des pouvoirs d'outrage au tribunal n'est qu'un aspect de l'exercice de pouvoirs inhérents essentiels à l'administration de la justice dans toute cause criminelle.

En exerçant ces pouvoirs inhérents, la cour ne reproche pas à une personne d'avoir commis une «infraction» dans le sens ordinaire du mot.

Si on n'avait pas obtempéré à l'injonction et si par suite de cette désobéissance un particulier avait été poursuivi, il est évident qu'à ce moment-là les garanties procédurales ordinaires se

ever, the matter never reached that position and no charges were ever made. On this aspect alone, the claims arising under s. 11(a) and (d) fail.

It is true, as stated, that McEachern C.J.S.C.'s original order was *ex parte* and that no notice was given to the picketers, nor were they afforded an opportunity to be heard. Had McEachern C.J.S.C. imposed immediate fines or jail sentences at that stage, a s. 11(a) claim might well have arisen. However, there can be no violation of s. 11(a) when no person was charged with a specific offence and, hence, there was no one to notify of such offence.

With reference to s. 11(d), there was no violation of the right to be presumed innocent until proven guilty as no finding of guilt has been made against any individual. For the reasons given under s. 7, the proceedings were fair within the meaning of s. 11(d). As for the requirement of an independent and impartial tribunal, the very purpose of McEachern C.J.S.C.'s order was to protect that important right. It would be strange indeed if the *Charter* claims of the members of the appellant Union, all standing outside the court-house, not charged with any offence and not facing any threat of immediate imprisonment, were to prevail to the detriment of the *Charter* rights of those within the court-house awaiting bail hearings and trials.

Section 1

It follows from the foregoing that the s. 2(b) claim falls to be decided under s. 1. Freedom of expression protected by s. 2(b) of the *Charter* is obviously a highly valued right as is the individual liberty reflected in a modern democratic society by the right to strike and the right to picket. A balance must be sought to be attained between the individual values and the public or societal values. In the instant case, the task of striking a balance is not difficult because without the public right to

seraient appliquées. Toutefois, on ne s'est jamais rendu jusque-là et aucune accusation n'a jamais été portée. À ce seul égard, les arguments fondés sur les al. 11a) et d) échouent.

^a Il est vrai, comme il a déjà été indiqué, que l'ordonnance initiale du juge en chef McEachern a été rendue *ex parte*, qu'il n'y a pas eu de signification aux piqueteurs et qu'ils n'ont pas eu la possibilité de se faire entendre. Si à ce stade-là le juge en chef McEachern les avait condamnés immédiatement à des amendes ou à des peines d'emprisonnement, ils auraient bien pu invoquer l'al. 11a). Il ne peut cependant pas y avoir de violation de l'al. 11a) dans un cas où personne n'a été accusé d'une infraction précise et où, en conséquence, il n'y avait personne à informer d'une telle infraction.

^d Pour ce qui est de l'al. 11d), il n'y a pas eu d'atteinte au droit d'être présumé innocent tant qu'on n'a pas été déclaré coupable, car personne n'a été frappé d'une déclaration de culpabilité. Pour les raisons données dans l'analyse de l'art. 7, la procédure a été équitable au sens de l'al. 11d). Quant à l'exigence d'un tribunal indépendant et impartial, le but même de l'ordonnance du juge en chef McEachern a été de protéger ce droit important. Or, il serait bien étrange qu'en se fondant sur la *Charte* les prétentions des membres du syndicat appelant, qui étaient alors tous en dehors du palais de justice, qui n'étaient pas accusés d'une infraction et qui ne faisaient pas face à une menace d'emprisonnement immédiat, doivent l'emporter au détriment des droits garantis par la *Charte* à ceux qui se trouvaient à l'intérieur du palais de justice en attendant des audiences sur leur libération sous caution et la tenue de procès.

^h L'article premier

Il découle de ce qui précède que l'argument fondé sur l'al. 2b) doit être examiné en fonction de l'article premier. Certes, la liberté d'expression protégée par l'al. 2b) de la *Charte* représente un droit des plus importants, au même titre d'ailleurs que la liberté individuelle reflétée dans une société démocratique moderne par le droit de faire la grève et le droit de faire du piquetage. D'où la nécessité de tenter d'établir un équilibre entre les valeurs individuelles et les valeurs publiques ou

have absolute, free and unrestricted access to the courts the individual and private right to freedom of expression would be lost. The greater public interest must be considered when determining the degree of protection to be accorded to individual interests.

As already indicated, the picketing constituted a deliberate course of conduct which could only result in massive disruption of the court process of British Columbia, and the consequential interference with the legal and constitutional rights of Canadian citizens. Assuring unimpeded access to the courts is plainly an objective "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom" (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 352) and relates to a concern which is "pressing and substantial in a free and democratic society" (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 138-139). The means taken by McEachern C.J.S.C. to accomplish that objective satisfy the three-step proportionality test established by this Court in *Oakes*.

First, there is a rational connection between the injunction and the objective of ensuring unimpeded access to the courts.

Second, the injunction accomplished this objective by impairing as little as possible the s. 2(b) rights of the members of the Union. The evidence indicated that if the picketing of court-houses continued, access would have been impeded. The injunction left the Union and its members free to express themselves in other places and in other ways so long as they did not interfere with the right of access to the courts.

Finally, there was a proportionality between the effects of the injunction on the protected right and the objective of maintaining access to the court. The injunction, it is important to recall at this stage, was not intended to vindicate the dignity of the court or the judges but rather to maintain

sociales. Dans la présente instance, cette tâche ne présente aucune difficulté parce que, sans le droit public à un accès absolu, libre et sans restriction aux tribunaux, le droit individuel et privé à la liberté d'expression serait perdu. L'intérêt plus grand du public doit entrer en ligne de compte lorsqu'il s'agit de déterminer le degré de protection à accorder aux intérêts individuels.

Ainsi que je l'ai déjà fait remarquer, le piquetage constituait une conduite délibérée qui ne pouvait aboutir qu'à une perturbation massive du fonctionnement des tribunaux de la Colombie-Britannique, ce qui allait entraîner pour des citoyens canadiens des atteintes aux droits dont ils jouissaient en vertu de la loi et de la Constitution. Il ne fait pas de doute qu'assurer un accès sans entrave aux tribunaux est un objectif «suffisamment important... pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution» (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 352), objectif qui se rapporte à une préoccupation «urgente... et réelle... dans une société libre et démocratique» (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 139). Le moyen dont s'est servi le juge en chef McEachern pour atteindre cet objectif satisfait au critère de proportionnalité à trois volets énoncé par cette Cour dans l'arrêt *Oakes*.

En premier lieu, il existe un lien rationnel entre l'injonction et l'objectif qui consiste à assurer un accès sans entrave aux tribunaux.

En deuxième lieu, l'injonction a atteint cet objectif en portant le moins possible atteinte aux droits garantis aux membres du syndicat par l'al. 2b). D'après la preuve, si le piquetage des palais de justice avait continué, il aurait entravé l'accès aux tribunaux. L'injonction laissait au syndicat et à ses membres toute liberté de s'exprimer à d'autres endroits et d'autres manières tant qu'ils ne portaient pas atteinte au droit d'accès aux tribunaux.

Finalement, il y avait proportionnalité entre les effets de l'injonction sur le droit protégé et l'objectif d'assurer l'accès au tribunal. L'injonction, il importe de le rappeler ici, n'était pas destinée à défendre la dignité de la cour ou des juges, mais plutôt à garantir l'accès à l'institution qui, dans

access to the institution in our society directly charged with responsibility of ensuring respect for the *Charter*. A significant element therefore of the objective of the injunction order was to protect *Charter* rights. The *Charter* surely does not self-destruct in a dynamic of conflicting rights. The remarks of Salmon L.J. in *Morris v. Crown Office, supra*, at pp. 1086-87, although not made with reference to an entrenched constitutional right, are still apposite. The appellants had been found in contempt for having disrupted a trial to which they were not parties by staging a protest, shouting slogans and scattering pamphlets:

Everyone has the right publicly to protest against anything which displeases him and publicly to proclaim his views, whatever they may be. It does not matter whether there is any reasonable basis for his protest or whether his views are sensible or silly. He can say or write or indeed sing what he likes when he likes and where he likes, providing that in doing so he does not infringe the rights of others. Every member of the public has an inalienable right that our courts shall be left free to administer justice without obstruction or interference from whatever quarter it may come. Take away that right and freedom of speech together with all the other freedoms would wither and die, for in the long run it is the courts of justice which are the last bastion of individual liberty. The appellants, rightly or wrongly, think that they have a grievance. They are undoubtedly entitled to protest about it, but certainly not in the fashion they have chosen. In an attempt, and a fairly successful attempt, to gain publicity for their cause, they have chosen to disrupt the business of the courts and have scornfully trampled on the rights which everyone has in the due administration of justice; and for this they have been very properly punished, so that it may be made plain to all that such conduct will not be tolerated—even by students. [Emphasis added.]

While the injunction limited the s. 2(b) *Charter* rights of the members of the Union, that limitation was wholly proportional to the objective of the order, namely, to maintain access to the courts and to ensure that the courts remained in operation in order that the legal and *Charter* rights of all citizens of the province would be respected.

notre société, se trouve directement chargée d'assurer que la *Charte* soit respectée. Un aspect important de l'objectif de l'injonction était donc la protection des droits garantis par la *Charte*. Un conflit entre des droits ne saurait certainement pas entraîner l'autodestruction de la *Charte*. Les propos qu'a tenus le lord juge Salmon dans l'arrêt *Morris v. Crown Office*, précité, aux pp. 1086 et 1087, bien qu'ils ne se rapportent pas à un droit enchâssé dans un document constitutionnel, n'en sont pas moins pertinents en l'espèce. Dans cette affaire-là, les appelants avaient été déclarés coupables d'outrage au tribunal pour avoir perturbé un procès auquel ils n'étaient pas parties en manifestant, en scandant des slogans et en lançant des tracts:

[TRADUCTION] Chacun a le droit de protester publiquement contre tout ce qui lui déplaît et de proclamer ses opinions, quelles qu'elles soient. Peu importe si sa protestation a un fondement raisonnable ou si ses points de vue sont sensés ou stupides. On peut dire ou écrire ou même chanter ce qu'on veut quand on veut et où on veut, pourvu qu'en ce faisant on ne porte pas atteinte aux droits d'autrui. Tous les membres du public ont le droit inaliénable à ce que nos tribunaux soient laissés libres d'administrer la justice sans entrave ni empêchement de quelque part que ce soit. Si ce droit était supprimé, la liberté d'expression ainsi que toutes les autres libertés dépériraient et mourraient, car à la longue ce sont les cours de justice qui constituent le bastion de la liberté individuelle. Les appelants, à tort ou à raison, s'estiment lésés. Ils ont certainement le droit de protester à ce sujet, mais non de la manière qu'ils ont choisie. Dans une tentative, assez bien réussie d'ailleurs, d'obtenir de la publicité pour leur cause, ils ont choisi de perturber le fonctionnement des tribunaux et ils ont dédaigneusement porté atteinte au droit du public à ce que la justice soit bien administrée. Pour cela ils ont été à juste titre punis afin que tous sachent qu'une telle conduite—même de la part d'étudiants—ne sera pas tolérée. [Je souligne.]

Si l'injonction a limité dans le cas des membres du syndicat les droits garantis par l'al. 2b) de la *Charte*, il s'agissait de limites tout à fait proportionnelles à l'objectif de l'ordonnance qui était d'assurer l'accès aux tribunaux et de voir à ce que ceux-ci continuent à fonctionner afin que soient respectés les droits dont jouissent en vertu de la loi et de la *Charte* tous les citoyens de la province.

VIII

Conclusion

In the result, I would dismiss the appeal and answer the constitutional questions as follows:

Question 1:

Answer: A provincial superior court judge does have the constitutional jurisdiction to make an order enjoining picketing of court-houses by or on behalf of a union representing court employees engaged in a lawful strike.

Question 2:

Answer: It is not necessary to answer this question for the purposes of this appeal.

Question 3:

Answer: The order by the Chief Justice of the Supreme Court of British Columbia dated November 1, 1983 restraining picketing and other activities within the precincts of all court-houses in British Columbia did infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 2(b), of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* but did not infringe or deny the rights guaranteed by ss. 7, 11(a) and (d).

Question 4:

Answer: The order was justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*.

The following are the reasons delivered by

MCINTYRE J.—I have read the reasons for judgment prepared in this appeal by the Chief Justice. I agree with his result and with his reasons with one exception. I would not find any infringement of any *Charter*-protected right of the Union or its members in the judgments of the Trial Court or the Court of Appeal. Consequently, I would

VIII

Conclusion

En définitive, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de donner aux questions constitutionnelles les réponses suivantes:

Question 1:

Réponse: Un juge de la cour supérieure de la province a constitutionnellement le pouvoir de rendre une ordonnance interdisant le piquetage des palais de justice par un syndicat ou au nom d'un syndicat représentant les employés des tribunaux en grève légale.

Question 2:

Réponse: Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question dans le cadre du présent pourvoi.

Question 3:

Réponse: L'ordonnance du Juge en chef de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, datée du 1^{er} novembre 1983, qui limitait le piquetage et autres activités aux alentours de tous les palais de justice de la Colombie-Britannique, viole ou nie effectivement les droits et libertés garantis par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais non les droits garantis par l'art. 7 et les al. 11a) et d).

Question 4:

Réponse: L'ordonnance était justifiée par l'article premier de la *Charte* et, partant, est compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCINTYRE—J'ai lu les motifs de jugement qu'a rédigés le Juge en chef en l'espèce. Je suis d'accord avec sa conclusion et avec ses motifs sauf sur un point. Je ne vois, dans le jugement de première instance ou dans l'arrêt de la Cour d'appel, aucune violation d'un droit que la *Charte* garantit au syndicat ou à ses membres. Par consé-

answer question 3 in the negative and it would be unnecessary to answer question 4.

The Chief Justice has said, and with this I am in full agreement, that the rule of law is the very foundation of the *Charter* and that free access to the courts is essential to the maintenance of the rule of law. He has considered it inconceivable that:

... Parliament and the provinces should describe in such detail the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and should not first protect that which alone makes it in fact possible to benefit from such guarantees, that is, access to a court.

In my view, the right of such free access is *Charter*-protected, and I agree with the Chief Justice where he said:

There cannot be a rule of law without access, otherwise the rule of law is replaced by a rule of men and women who decide who shall and who shall not have access to justice. Counsel for the Attorney General of British Columbia posed this question:

By what authority and on what criteria were the Union leaders deciding who were to be given passes and who were to be denied them?

I cannot believe that the *Charter* was ever intended to be so easily thwarted.

The injunction granted at first instance enjoined conduct which was calculated to interfere with the operations of the courts of the Province or to restrict or limit access to the courts. In this, it is clear that it enjoined the Union and its members from engaging in conduct which was aimed at the infringement or limitation of the *Charter*-protected rights of others. In so doing, I am unable to find that any *Charter* right of the Union or its members was affected or limited and, therefore, there is no occasion to resort to s. 1 of the *Charter*.

I see no parallel here with the *Dolphin Delivery* case, *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573. I agree, as said there, that any picketing involves some element of expression and, further, that it is not every action accompanying the expression which will alter the transaction and remove *Charter* protection. It was also said, how-

quent, je suis d'avis de répondre à la question 3 par la négative et il devient inutile de répondre à la question 4.

^a Le Juge en chef a dit, et je suis tout à fait d'accord, que la primauté du droit constitue le fondement même de la *Charte* et que la liberté d'accès aux tribunaux est essentielle au maintien de la primauté du droit. Il a estimé inconcevable que:

^b ... le Parlement et les provinces décrivent d'une façon aussi détaillée les droits et les libertés garantis par la *Charte* et qu'ils ne protègent pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité : l'accès au juge.

^c À mon avis, le droit à cette liberté d'accès est protégé par la *Charte* et je suis d'accord avec le Juge en chef lorsqu'il dit:

^d Il ne peut y avoir de primauté du droit sans accès aux tribunaux, autrement la primauté du droit sera remplacée par la primauté d'hommes et de femmes qui décident qui peut avoir accès à la justice. L'avocat du procureur général de la Colombie-Britannique a posé la question suivante:

^e [TRADUCTION] En vertu de quelle autorité et selon quels critères les dirigeants syndicaux décidaient-ils à qui donner des laissez-passer et à qui les refuser?

^f Je n'arrive pas à croire qu'on n'ait jamais eu l'intention de permettre que la *Charte* puisse être aussi facilement contournée.

^g L'injonction accordée en première instance interdisait une conduite propre à gêner le fonctionnement des tribunaux de la province ou à restreindre ou limiter l'accès aux tribunaux. Ainsi, il est évident qu'elle interdisait au syndicat et à ses membres toute conduite visant à gêner ou à limiter les droits que la *Charte* garantit à d'autres. Par conséquent je ne puis conclure qu'un droit que la *Charte* garantit au syndicat ou à ses membres ait été touché ou limité et il n'y a donc pas lieu de recourir à l'article premier de la *Charte*.

ⁱ À mon avis, on ne peut faire de rapprochement entre la situation en l'espèce et celle de l'affaire *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573. Comme je l'ai dit dans cet arrêt-là, je reconnais que tout piquetage comporte un certain élément d'expression et, en outre, que ce ne sont pas tous les actes qui accompagnent l'expression

ever, that protection would not be accorded to clearly unlawful conduct. The conduct here enjoined was clearly unlawful and calculated to infringe the *Charter* rights of those seeking access to the courts. This cannot be said of *Dolphin Delivery* where the illegality of the conduct concerned only an interference with contractual rights, a tort, the acceptability of which as a limitation imposed by law might or might not have been supported under s. 1, whereas the effect of the picketing in issue here was described by the Chief Justice in these words:

Accused persons have a *Charter* right to a fair trial and a statutory right to make full answer and defence. Witnesses crucial to the defence could well have been deterred from even requesting a pass to enter the courthouse to give vital evidence. It is perhaps unnecessary to multiply the examples. The point is clear. Picketing a courthouse to urge the public not to enter except by permission of the picketers could only lead to a massive interference with the legal and constitutional rights of the citizens of British Columbia.

This is not a case such as *Dolphin Delivery* which required a balancing of conflicting rights. What is in issue here is the question of whether any person or group may have a *Charter* right to engage deliberately in conduct calculated to abridge the *Charter* rights of others. In my view, no such right can exist and resort to s. 1, which can only have application where there has been an infringement of a *Charter* right, was therefore unnecessary.

In all other respects, I agree with the Chief Justice.

Appeal dismissed; the first constitutional question should be answered in the affirmative; the second constitutional question needed not be answered; the third constitutional question should be answered in the affirmative with respect to s. 2(b) of the Charter but in the negative with respect to ss. 7, 11(a) and (d); and the fourth constitutional question should be answered in the affirmative.

qui modifieront l'opération et supprimeront la protection de la *Charte*. On a également dit cependant que la protection ne serait pas accordée à une conduite clairement illégale. La conduite interdite en l'espèce était clairement illégale et propre à violer les droits que la *Charte* garantit à ceux qui veulent avoir accès aux tribunaux. Ce n'était pas le cas dans l'affaire *Dolphin Delivery* où l'illégalité de la conduite ne portait que sur une atteinte à des droits contractuels, un délit civil, dont le caractère acceptable en tant que limite imposée par la loi aurait pu être ou ne pas être confirmé en vertu de l'article premier, alors que l'effet du piquetage en cause dans le présent pourvoi est décrit par le Juge en chef en ces termes:

Les accusés jouissent en vertu de la *Charte* du droit à un procès équitable et, en vertu de la loi, du droit de présenter une défense pleine et entière. Or, des témoins indispensables pour la défense auraient très bien pu être dissuadés même de demander un laissez-passer pour entrer dans le palais de justice pour faire une déposition vitale. Il est peut-être superflu de multiplier les exemples. On voit clairement où je veux en venir. Dresser une ligne de piquetage devant un palais de justice afin d'inciter le public à ne pas y pénétrer, si ce n'est avec la permission des piqueteurs ne pourrait qu'aboutir à une atteinte massive aux droits garantis aux citoyens de la Colombie-Britannique par la loi et par la Constitution.

Il ne s'agit pas comme *Dolphin Delivery* d'un cas où il fallait établir un équilibre entre des droits contradictoires. En l'espèce, il s'agit de savoir si une personne ou un groupe peut bénéficier d'un droit garanti par la *Charte* d'agir délibérément de façon à priver les autres des droits que leur garantit la *Charte*. À mon avis, ce droit ne peut exister et il est donc inutile de recourir à l'article premier, qui ne peut s'appliquer que lorsqu'il y a eu violation d'un droit garanti par la *Charte*.

À tous les autres égards, je suis d'accord avec le Juge en chef.

Pourvoi rejeté; la première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative; il n'est pas nécessaire de répondre à la deuxième question constitutionnelle; la troisième question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative à l'égard de l'al. 2b) de la Charte, mais une réponse négative à l'égard de l'art. 7 et des al. 11a) et d); la quatrième question constitutionnelle reçoit une

McIntyre J. would answer the third constitutional question in the negative and find it unnecessary to answer the fourth.

Solicitors for the appellant: Baigent, Jackson, Blair, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitor for the intervener: F. Iacobucci, Ottawa.

réponse affirmative. Le juge McIntyre aurait répondu à la troisième question par la négative et juge inutile de répondre à la quatrième.

Procureurs de l'appelant: Baigent, Jackson, Blair, Vancouver.

Procureurs de l'intimé: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureur de l'intervenant: F. Iacobucci, Ottawa.

Jean Beuchesne *Appellant*

v.

The Attorney General of the province of Quebec *Respondent*

and

Judge Gérard Girouard and Mr. Justice Jacques Ducros *Mis en cause*

INDEXED AS: QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. GIROUARD

File No.: 19186.

1988: April 21; 1988: October 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Preliminary inquiry — Certiorari — Accused brought to trial on lesser charges than the initial ones — Magistrate's error made within the scope of his jurisdiction — Writ of certiorari quashed.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1984), 43 C.R. (3d) 92, affirming a judgment of the Superior Court authorizing a writ of *certiorari* to be issued. Appeal allowed.

Daniel Rock and Michel Vleminckx, for the appellant.

Claude Haccoun and Michel Denis, for the respondent.

English version of the judgment delivered by

THE COURT—We are all of the view that this appeal should be allowed. Assuming, without deciding the point, that the magistrate erred in the manner suggested, the error was made within the scope of his jurisdiction and as such cannot be a basis for the remedy of *certiorari*. The writ issued by the Superior Court judge is quashed for all legal purposes and the decision of the magistrate restored.

* Le Dain J. took no part in the judgment.

Jean Beuchesne *Appelant*

c.

Le procureur général de la province de Québec *Intimé*

et

Monsieur le juge Gérard Girouard et L'honorable juge Jacques Ducros *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. GIROUARD

N° du greffe: 19186.

1988: 21 avril; 1988: 20 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Enquête préliminaire — Certiorari — Accusé cité à procès non pas sur les accusations initiales mais sur des accusations moindres — Erreur du juge enquêteur commise dans l'exercice de sa compétence — Bref de certiorari cassé.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1984), 43 C.R. (3d) 92, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, qui avait autorisé la délivrance d'un bref de *certiorari*. Pourvoi accueilli.

Daniel Rock et Michel Vleminckx, pour l'appelant.

Claude Haccoun et Michel Denis, pour l'intimé.

Le jugement suivant a été rendu par

LA COUR—Nous sommes tous d'avis que ce pourvoi doit être accueilli. Tenant pour acquis sans pour autant en décider que le juge a erré ainsi qu'on le lui reproche, cette erreur en était une commise dans l'exercice de sa compétence et ne donne pas comme tel ouverture à un recours par voie de *certiorari*. Le bref émis par le juge de la Cour supérieure est cassé à toutes fins que de droit et la décision du juge enquêteur est rétablie.

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

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Duceppe, Beaudry & Associés, Montréal.

*Solicitor for the respondent: Claude Haccoun, a
Montréal.*

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: Duceppe, Beaudry & Associés, Montréal.

*Procureur de l'intimé: Claude Haccoun, Mont-
réal.*

Sun Alliance Insurance Company Appellant

v.

Diane Hart Angus Respondent

and

Owen Hart and James Angus Respondents

INDEXED AS: ANGUS v. SUN ALLIANCE INSURANCE CO.

File No.: 19902.

1988: May 26, 27; 1988: October 20.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Lamer and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Statutes — Interpretation — Retrospective operation — Statutes barring action in effect when accident occurred — Statutes barring action repealed before action commenced — Whether or not repeal operating retrospectively — Married Woman's Property Act, R.S.O. 1970, c. 262, s. 7 — Insurance Act, R.S.O. 1970, c. 224, s. 214(b)(i) — Family Law Reform Act, 1975, S.O. 1975, c. 41, ss. 1(3)(a), 5, 6.

Family law — Spousal immunity — Statutes barring action in effect when accident occurred — Statutes barring action repealed before action commenced — Whether or not repeal operating retrospectively.

Respondent Diane Angus had been a passenger in a car driven by her husband, respondent James Angus, and was seriously injured in an accident caused by his own negligence. The car was owned by Diane Angus' father, Owen Hart. Diane Angus brought action against her husband and her father to recover damages. Diane and James Angus have since been divorced. At the time of the accident, s. 7 of *The Married Woman's Property Act* prevented spouses' suing each other in tort and s. 214 of *The Insurance Act* provided that an insurer was not liable for liability resulting from the bodily injury or death of a daughter, son, wife or husband. *The Family Law Reform Act, 1975* repealed these provisions after the accident but before the suit was commenced. The father's insurance policy on the car also contained a provision absolving the appellant insurance company from third-party liability in terms similar to those of s. 214. The principal issue here was whether *The Family Law Reform Act, 1975* operated retrospectively so as (1)

Sun Alliance Compagnie d'assurance Appelante

c.

a Diane Hart Angus Intimée

et

Owen Hart et James Angus Intimés

b RÉPERTORIÉ: ANGUS c. SUN ALLIANCE COMPAGNIE D'ASSURANCE

N° du greffe: 19902.

1988: 26, 27 mai; 1988: 20 octobre.

c Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Lamer et La Forest.

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

d *Législation — Interprétation — Application rétroactive — Lois empêchant une action en vigueur au moment de l'accident — Abrogation desdites lois avant le début de l'action — L'abrogation s'applique-t-elle rétroactivement? — Married Woman's Property Act, R.S.O. 1970, chap. 262, art. 7 — Insurance Act, R.S.O. 1970, chap. 224, art. 214(b)(i) — Family Law Reform Act, 1975, S.O. 1975, chap. 41, art. 1(3)(a), 5, 6.*

f *Droit de la famille — Immunité des époux — Lois empêchant une action en vigueur au moment de l'accident — Abrogation desdites lois avant le début de l'action — L'abrogation s'applique-t-elle rétroactivement?*

L'intimée Diane Angus était passagère dans une automobile conduite par son mari, l'intimé James Angus, et a été grièvement blessée dans un accident causé par la négligence de celui-ci. Le père de Diane Angus, Owen Hart, était le propriétaire de l'automobile. Diane Angus a intenté une action en dommages-intérêts contre son mari et son père. Depuis ce temps-là, Diane et James Angus ont divorcé. Au moment de l'accident, l'art. 7 de *The Married Woman's Property Act* empêchait les conjoints d'intenter une action en dommages-intérêts l'un contre l'autre et l'art. 214 de *The Insurance Act* prévoyait qu'un assureur n'était assujéti à aucune responsabilité résultant de blessures subies par une fille, un fils, une épouse ou un mari ou de leur décès. *The Family Law Reform Act, 1975* a abrogé ces dispositions après l'accident mais avant le début de la poursuite. La police d'assurance automobile du père contenait également une disposition exonérant la compagnie d'assurances appelante de toute responsabilité envers les tiers en des

to permit one spouse to bring an action in respect of a tort committed by the other before the Act's commencement and (2) to eliminate s. 214 of *The Insurance Act* as a defence to the action against the insurance company.

Held: The appeal should be allowed.

A provision is substantive or procedural for the purposes of retrospective application not according to whether or not it is based upon a legal fiction, but according to whether or not it affects substantive rights. Here, procedure was not being affected at all. The provision in question provided a complete defence to an action and as such is a substantive matter just as much as the creation of a cause of action itself. In any case, whether the provision is deemed to be substantive or procedural, it is not one to which a presumption of retrospectivity can be applied. This would amount to a serious deprivation of an acquired right of the husband, and it should not lightly be assumed that this was the intention of the legislature.

Section 214 of *The Insurance Act* operated as a bar to recovery against the father's insurance company. This section, too, was a substantive provision to which the ordinary principle against retrospective operation applied.

Cases Cited

Disapproved: *Broom v. Morgan*, [1953] 1 Q.B. 597; referred to: *Manning v. Howard* (1975), 8 O.R. (2d) 728; *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] S.C.R. 403; *Maxwell v. Callbeck*, [1939] S.C.R. 440; *Midland Bank Trust Co. v. Green (No. 3)*, [1979] 2 All E.R. 193; *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 S.C.R. 413; *Merrill v. Fisher* (1975), 11 O.R. (2d) 551; *Martin v. Perrie*, [1986] 1 S.C.R. 41; *Foy v. Foy* (1978), 20 O.R. (2d) 747; *Phillips v. Barnet*, [1875-76] 1 Q.B.D. 436.

Statutes and Regulations Cited

Contributory Negligence Act, S.A. 1937, c. 18.
Family Law Reform Act, 1975, S.O. 1975, c. 41, ss. 1(3)(a), 5, 6.
Insurance Act, R.S.O. 1970, c. 224, s. 214(b)(i).
Married Woman's Property Act, R.S.O. 1970, c. 262, s. 7.
Rules of Civil Procedure, Rule 21, formerly *Rules of Practice*, s. 124.

termes semblables à ceux de l'art. 214. La question principale soulevée en l'espèce est de savoir si *The Family Law Reform Act*, 1975 a un effet rétroactif de façon (1) à permettre à un conjoint d'intenter une action relativement à un délit commis par l'autre avant l'entrée en vigueur de la Loi et (2) à éliminer l'art. 214 de *The Insurance Act* en tant que moyen de défense opposable à l'action intentée par la compagnie d'assurances.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Une disposition est dite de nature procédurale ou de fond aux fins de l'application rétroactive non parce qu'elle est ou non fondée sur une fiction juridique, mais parce qu'elle a ou non un effet sur des droits matériels. En l'espèce, la procédure n'est absolument pas touchée. La disposition en question offre un moyen de défense complet et constitue ainsi un élément de fond tout autant que la création d'une cause d'action elle-même. De toute façon, que la disposition soit considérée porter sur le fond ou sur la procédure, il ne s'agit pas d'une disposition à laquelle on peut appliquer une présomption de rétroactivité. Cela équivaudrait à une privation grave d'un droit acquis du mari et on ne devrait pas présumer à la légère que c'était l'intention du législateur.

L'article 214 de *The Insurance Act* empêchait tout recours contre la compagnie d'assurances du père. Cet article est également une disposition de fond à l'égard de laquelle s'applique le principe ordinaire de non-rétroactivité.

Jurisprudence

Arrêt critiqué: *Broom v. Morgan*, [1953] 1 Q.B. 597; **arrêts mentionnés:** *Manning v. Howard* (1975), 8 O.R. (2d) 728; *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] R.C.S. 403; *Maxwell v. Callbeck*, [1939] R.C.S. 440; *Midland Bank Trust Co. v. Green (No. 3)*, [1979] 2 All E.R. 193; *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 R.C.S. 413; *Merrill v. Fisher* (1975), 11 O.R. (2d) 551; *Martin v. Perrie*, [1986] 1 R.C.S. 41; *Foy v. Foy* (1978), 20 O.R. (2d) 747; *Phillips v. Barnet*, [1875-76] 1 Q.B.D. 436.

Lois et règlements cités

Contributory Negligence Act, S.A. 1937, chap. 18.
Family Law Reform Act, 1975, S.O. 1975, chap. 41, art. 1(3)a), 5, 6.
Insurance Act, R.S.O. 1970, chap. 224, art. 214b)(i).
Married Woman's Property Act, R.S.O. 1970, chap. 262, art. 7.
Règles de procédure civile, règle 21, auparavant *Rules of Practice*, art. 124.

Authors Cited

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*. Cowansville, Quebec: Yvon Blais, 1984.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Maxwell, Sir Peter B. *Maxwell on Statutory Interpretation*, 12th ed. By P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1986), 53 O.R. (2d) 793, dismissing an appeal from a judgment of Galligan J. (1984), 45 O.R. (2d) 667. Appeal allowed.

John Nelligan, Q.C., and *Stuart Hendin, Q.C.*, for the appellant.

David M. McFadyen, for the respondent Diane Hart Angus.

Rodger Brennan, for the respondents Owen Hart and James Angus.

The judgment of the Court was delivered by

LA FOREST J.—The principal issue in this appeal is whether ss. 1, 5 and 6, of *The Family Law Reform Act, 1975*, S.O. 1975, c. 41, which provide that spouses have separate legal personalities and have a right to bring an action in tort against one another, operate retrospectively, so as to permit one spouse to bring such an action in respect of a tort committed by the other before the Act's commencement.

Facts

On April 30, 1975, the respondent Diane Angus was seriously injured in a car accident. Her husband, respondent James Angus, was driving the car in which she was a passenger. The accident was caused by his own negligence. The car was owned by Diane Angus' father, Owen Hart. On April 5, 1977, Diane Angus brought action against her husband and her father to recover damages for the injuries and losses she sustained from the accident. Diane and James Angus have since been divorced.

Doctrine citée

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*. Cowansville, Québec: Yvon Blais, 1982.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Maxwell, Sir Peter B. *Maxwell on Statutory Interpretation*, 12th ed. By P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1986), 53 O.R. (2d) 793, qui a rejeté un appel contre un jugement du juge Galligan (1984), 45 O.R. (2d) 667. Pourvoi accueilli.

John Nelligan, c.r., et *Stuart Hendin, c.r.*, pour l'appelante.

David M. McFadyen, pour l'intimée Diane Hart Angus.

Rodger Brennan, pour les intimés Owen Hart et James Angus.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LA FOREST—La question principale soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si les art. 1, 5 et 6 de *The Family Law Reform Act, 1975*, S.O. 1975, chap. 41, qui prévoit que les conjoints ont des personnalités juridiques distinctes et ont le droit d'intenter une action en dommages-intérêts l'un contre l'autre, s'applique rétroactivement de façon à permettre à un conjoint d'intenter une telle action relativement à un délit commis par l'autre avant l'entrée en vigueur de la Loi.

Les faits

Le 30 avril 1975, l'intimée Diane Angus a été grièvement blessée dans un accident d'automobile. Son mari, l'intimé James Angus, conduisait la voiture dans laquelle elle était passagère. L'accident a été causé par sa propre négligence. Le père de Diane Angus, Owen Hart était le propriétaire de l'automobile. Le 5 avril 1977, Diane Angus a intenté une action contre son mari et son père en vue d'obtenir des dommages-intérêts pour les blessures et les pertes qu'elle a subies par suite de l'accident. Diane et James Angus ont depuis ce temps-là divorcé.

At the time of the accident, two provisions of law would have barred recovery. Section 7 of *The Married Woman's Property Act*, R.S.O. 1970, c. 262, provided:

7. Every married woman has in her own name against all persons, including her husband, the same remedies for the protection and security of her own separate property as if such property belonged to her as a *feme sole*, but, except as aforesaid no husband or wife is entitled to sue the other for a tort.

Section 214 of *The Insurance Act*, R.S.O. 1970, c. 224, provided in relevant part as follows:

214. The insurer is not liable under a contract evidenced by a motor vehicle liability policy for any liability,

- (b) resulting from bodily injury to or the death of,
 (i) the daughter, son, wife or husband of any person insured by the contract . . .

The father's insurance policy on the car itself contained a provision absolving the appellant insurance company from third-party liability in terms similar to those of s. 214.

Slightly more than two months after the accident, but well before the suit was commenced, the above provisions were repealed by ss. 5 and 6 of *The Family Law Reform Act, 1975*. As well, ss. 1 and 5 of that Act provide in relevant part:

1.—(1) For all purposes of the law of Ontario, a married man has a legal personality that is independent, separate and distinct from that of his wife and a married woman has a legal personality that is independent, separate and distinct from that of her husband.

(3) Without limiting the generality of subsections (1) and (2),

- (a) each of the parties to a marriage has the like right of action in tort against the other as if they were not married;

5. Subclause i of clause b of section 214 of *The Insurance Act*, being chapter 224 of the Revised Statutes of Ontario, 1970 is repealed.

Au moment de l'accident, deux textes de loi auraient interdit le recours. Voici le texte de l'art. 7 de *The Married Woman's Property Act*, R.S.O. 1970, chap. 262:

[TRADUCTION] 7. Toute femme mariée possède de son propre chef contre toute personne, y compris son mari, les mêmes recours en matière de protection et de sécurité de ses biens propres que s'ils lui appartenaient à titre de femme seule mais, à l'exception de ce qui précède, les époux n'ont pas de recours en dommages-intérêts l'un contre l'autre.

Voici les parties pertinentes de l'art. 214 de *The Insurance Act*, R.S.O. 1970, chap. 224:

[TRADUCTION] 214. L'assureur n'est assujéti, aux termes d'un contrat constaté par une police de responsabilité automobile, à aucune responsabilité,

- b) résultant de blessures subies
 (i) par la fille, le fils, l'épouse ou le mari de toute personne assurée par le contrat . . .
 ou de leur décès

La police d'assurance du père qui s'appliquait à la voiture elle-même contenait une disposition exonérant la compagnie d'assurances appelante de toute responsabilité envers les tiers en des termes semblables à ceux de l'art. 214.

Un peu plus de deux mois après l'accident, mais bien avant le début de la poursuite, les dispositions citées précédemment ont été abrogées par les art. 5 et 6 de *The Family Law Reform Act, 1975*. En outre, les parties pertinentes des art. 1 et 5 de cette loi prévoient:

[TRADUCTION] 1.—(1) Aux fins des lois de l'Ontario, la personnalité juridique du mari est indépendante, différente, distincte de celle de son épouse et réciproquement.

(3) Sans limiter la portée générale des paragraphes (1) et (2),

- a) chacune des parties au mariage possède le même droit de poursuivre l'autre partie en dommages-intérêts que si elle n'était pas mariée;

5. Le sous-alinéa (i) de la l'alinéa b) de l'article 214 de *The Insurance Act*, chapitre 224 des Lois refondues de l'Ontario, 1970 est abrogé.

The Courts Below

An application (pursuant to s. 124 of the *Rules of Practice*; see now Rule 21 of the *Rules of Civil Procedure*) was brought before Galligan J. of the Supreme Court of Ontario ((1984), 45 O.R. (2d) 667) for a determination as to whether or not the provisions just quoted operated retrospectively so as to eliminate defences based on s. 7 of *The Married Woman's Property Act* and s. 214 of *The Insurance Act*. The motion also sought an order that the statement of claim disclosed no reasonable cause of action against the husband, the father or the insurance company.

Galligan J. determined that these provisions of *The Family Law Reform Act, 1975* did operate with retrospective effect, and the defences were not available. The two basic issues before him were these:

1. Is section 7 of *The Married Woman's Property Act* a defence to the action against James Angus, or do the provisions of *The Family Law Reform Act, 1975* operate retrospectively to eliminate this defence by repealing s. 7?
2. Is section 214 of *The Insurance Act* a defence to the action against the insurance company, or do the provisions of *The Family Law Reform Act, 1975* operate retrospectively and eliminate this defence by repealing s. 214?

Galligan J. began, at p. 669, by recognizing the "fundamental rule" of statutory interpretation that

... no legislation is to be construed as being retrospective in operation so far as substantive rights and obligations are concerned unless the statute clearly provides or such retrospective operation is required by clear implication. A procedural enactment, however, is *prima facie* to be given a retrospective interpretation unless it would prejudice a substantial right of a party.

Galligan J. relied on *Manning v. Howard* (1975), 8 O.R. (2d) 728 (Ont. C.A.), in determin-

Les tribunaux d'instance inférieure

Une demande (en application de l'art. 124 des *Rules of Practice*; voir maintenant la règle 21 des *Règles de procédure civile*) a été présentée devant le juge Galligan de la Cour suprême de l'Ontario ((1984), 45 O.R. (2d) 667) pour qu'il détermine si les dispositions citées précédemment avaient un effet rétroactif de façon à éliminer les moyens de défense fondés sur l'art. 7 de *The Married Woman's Property Act* et l'art. 214 de *The Insurance Act*. La demande visait également à obtenir une ordonnance portant que la déclaration ne révélait aucune cause raisonnable d'action contre le mari, le père ou la compagnie d'assurances.

Le juge Galligan a décidé que ces dispositions de *The Family Law Reform Act, 1975* avaient un effet rétroactif et qu'on ne pouvait se prévaloir des moyens de défense. Les deux questions fondamentales qui lui ont été soumises étaient les suivantes:

1. L'article 7 de *The Married Woman's Property Act* constitue-t-il un moyen de défense opposable à l'action intentée contre James Angus ou les dispositions de *The Family Law Reform Act, 1975* s'appliquent-elles rétroactivement de façon à éliminer ce moyen de défense en abrogeant l'art. 7?
2. L'article 214 de *The Insurance Act* constitue-t-il un moyen de défense opposable à l'action intentée contre la compagnie d'assurances, ou les dispositions de *The Family Law Reform Act, 1975* s'appliquent-elles rétroactivement de façon à éliminer ce moyen de défense en abrogeant l'art. 214?

D'abord, à la p. 669, le juge Galligan a reconnu la «règle fondamentale» d'interprétation des lois selon laquelle

[TRADUCTION] ... nulle loi ne doit être interprétée comme ayant une portée rétroactive dans la mesure où des droits et des obligations matériels sont visés à moins que la loi ne le prévoie clairement ou n'exige implicitement une telle application rétroactive. Toutefois, une disposition procédurale doit, *prima facie*, être interprétée comme étant rétroactive à moins qu'elle ne cause un préjudice à un droit important d'une partie.

Le juge Galligan s'est fondé sur l'arrêt *Manning v. Howard* (1975), 8 O.R. (2d) 728 (C.A. Ont.),

ing that s. 7 contained a procedural and not a substantive rule. It was simply a procedural bar to certain plaintiffs invoking otherwise subsisting rights. As such, its repeal must be given retrospective effect "unless it prejudices a substantial right of the defendant." The husband, he continued at p. 670,

... had no right given by any rule of substantive law to injure the plaintiff . . . All that happened [on the passing of the Act] was that a bar to the injured person seeking redress was removed.

For the husband it had been argued that *The Family Law Reform Act, 1975* should be dealt with in a manner analogous to that traditionally accorded limitations provisions. Limitations provisions, although in some sense procedural, are normally not given retrospective effect. Galligan J. declined to follow this reasoning, holding that the policy reasons underlying the treatment of limitations provisions were absent in the present case. He stated at pp. 670-71:

It has long been recognized that limitations must be placed upon the time within which plaintiffs can launch actions. It is not difficult to understand why the courts have traditionally refused to construe legislation in a way that would take away a person's right to be free of a particular suit by retrospective interpretation.

It does not appear to me that the same considerations ought to apply when a procedural bar to a particular person or class of persons seeking redress for wrongs occasioned to them is removed by statute.

Galligan J. then considered the effect of *The Family Law Reform Act, 1975* on s. 214. Section 214, as opposed to s. 7 of *The Married Woman's Property Act*, was in his view a substantive provision. The presumption against retrospectivity, then, should apply to it. However, he concluded that the repeal of s. 214 followed as a matter of necessary implication from the removal of spousal immunity. The change to *The Insurance Act*

pour décider que l'art. 7 contenait une règle de procédure et non pas une règle de fond. Il s'agissait simplement d'une fin de non-recevoir procédurale à l'égard de certains demandeurs qui invoquaient par ailleurs des droits existants. Comme telle, l'abrogation de cet article doit avoir un effet rétroactif [TRADUCTION] «à moins qu'il ne cause un préjudice à un droit important du défendeur». Il a ajouté, à la p. 670, que le mari

[TRADUCTION] . . . n'avait aucun droit en vertu d'une règle de fond de porter préjudice à la demanderesse[. . .] Tout ce qui s'est produit [lors de l'adoption de la Loi], c'est la suppression de la fin de non-recevoir opposable au recours que cherche à exercer la personne lésée.

On a soutenu au nom du mari que *The Family Law Reform Act, 1975* devrait avoir un traitement semblable à celui qu'on a traditionnellement accordé aux dispositions en matière de prescription. Ces dispositions, bien que procédurales dans un certain sens, n'ont normalement pas d'effet rétroactif. Le juge Galligan a refusé de suivre ce raisonnement, concluant qu'on ne retrouvait pas en l'espèce les raisons de principe qui sous-tendent la façon de traiter les dispositions en matière de prescription. Il a dit aux pp. 670 et 671:

[TRADUCTION] Il est depuis longtemps reconnu que des limites doivent être fixées au délai dans lequel les demandeurs peuvent intenter des actions. Il n'est pas difficile de comprendre pourquoi les tribunaux ont traditionnellement refusé d'interpréter les lois d'une manière qui priverait d'une personne du droit de ne pas être poursuivie dans un cas donné par application d'une interprétation rétroactive.

Il ne me semble pas que les mêmes considérations devraient s'appliquer lorsqu'une fin de non-recevoir procédurale opposable à une personne en particulier ou à une catégorie de personnes cherchant à obtenir une compensation pour des préjudices qui leur ont été causés est enlevée par une loi.

Le juge Galligan a alors examiné l'effet de *The Family Law Reform Act, 1975* sur l'art. 214. L'article 214, contrairement à l'art. 7 de *The Married Woman's Property Act*, était à son avis une disposition de fond. La présomption de non-rétroactivité devrait donc s'y appliquer. Toutefois, il a conclu que l'abrogation de l'art. 214 découlait nécessairement du retrait de l'immunité des époux. La modification apportée à *The Insurance Act*

... was a consequential amendment made necessary by the removal of spousal immunity. I cannot accept that the Legislature would remove that immunity without intending to remove the prohibition against indemnity in actions that would be brought as a result of the removal of the immunity.

To permit a spouse to be sued in tort by his or her spouse and to maintain an exemption of insurance against such liability would appear to me to be an injustice that the Legislature cannot have intended.

Galligan J. stated that he found it unnecessary to deal with whether s. 214 applied retrospectively to provide indemnity for the father. Since the husband as driver was an unnamed insured under the policy and s. 214 required the insurance company to indemnify him for liability for the damages he had caused his wife, the issue regarding indemnity for the father became moot.

In a brief endorsement, the Court of Appeal upheld the judgment of Galligan J. Citing *Manning*, *supra*, it added that the defence provided by s. 7 was in any case no longer available to James Angus since the parties had been divorced.

Analysis

The initial propositions recited by Galligan J. regarding retrospective effects are unexceptionable. There is a presumption that statutes do not operate with retrospective effect. "Procedural" provisions, however, are not subject to the presumption. To the contrary, they are presumed to operate retrospectively; see E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at pp. 202-3; *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] S.C.R. 403.

The distinction between substantive and procedural provisions, however, is far from clear. Thus, in the present context, Jessup J.A. in *Manning*, *supra*, determined that s. 7 was a procedural provision. This was done largely on the basis of Lord Denning's judgment in *Broom v. Morgan*, [1953]

[TRANSLATION] ... constituait une modification corrélative rendue nécessaire par le retrait de l'immunité des époux. Je ne peux admettre que le législateur ait retiré cette immunité sans avoir l'intention de retirer l'interdiction d'indemnisation dans les actions qui pourraient être intentées par suite du retrait de l'immunité.

Permettre qu'un conjoint soit poursuivi en dommages-intérêts par l'autre conjoint et conserver l'exemption en matière d'assurance contre une telle responsabilité me paraissent constituer une injustice que le législateur ne peut avoir voulue.

Le juge Galligan a dit qu'il concluait qu'il n'était pas nécessaire de décider si l'art. 214 s'appliquait rétroactivement pour accorder une indemnité à l'égard du père. Étant donné que le mari à titre de conducteur était un assuré non dénommé aux termes de la police et que l'art. 214 exigeait que la compagnie d'assurances l'indemnise en raison de sa responsabilité pour les dommages qu'il avait causés à son épouse, la question concernant l'indemnité à l'égard du père est devenue théorique.

Dans un bref jugement endossé, la Cour d'appel a confirmé la décision du juge Galligan. En citant l'arrêt *Manning*, précité, elle a ajouté que James Angus ne pouvait désormais plus invoquer le moyen de défense fourni par l'art. 7 étant donné que les parties étaient divorcées.

Analyse

Les arguments initiaux énumérés par le juge Galligan concernant les effets rétroactifs sont inattaquables. Il existe une présomption que les lois n'ont pas d'effet rétroactif. Toutefois, les dispositions «procédurales» ne sont pas assujetties à la présomption. Au contraire, elles sont présumées agir rétroactivement; voir E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), aux pp. 202 et 203; *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] R.C.S. 403.

Toutefois, la distinction qui existe entre les dispositions de fond et celles de nature procédurale est loin d'être claire. Ainsi, dans ce contexte, le juge Jessup de la Cour d'appel dans l'arrêt *Manning*, précité, a conclu que l'art. 7 était une disposition de nature procédurale. Il s'est largement

1 Q.B. 597 (C.A.) *Broom* concerned the vicarious liability of an employer for injuries suffered by a woman due to the negligence of her husband when both husband and wife were employees of the defendant. The English legislation in question in *Broom* was essentially identical to that in issue here. Lord Denning had this to say, at pp. 609-10, about the husband's primary liability:

It is plain, to my mind, that the husband owed a duty to everyone lawfully in the house to use reasonable care, and that he was negligent so far as all of them were concerned, including his wife. If the barman fell down the hole and was injured, the husband would clearly be guilty of a tort and be liable for the damage. So he is when his wife falls down the hole. The only difference is that by statute she is not permitted to sue him for it. His immunity does not rest on the theory that husband and wife are one. That fiction has no longer any place in our law. His immunity nowadays rests simply on the wording of section 12 of the Married Women's Property Act, 1882, which is preserved in this respect by section 1 of the Act of 1935. That section disables the wife from suing her husband for a tort in much the same way as the Statute of Frauds prevents a party from suing on a contract which is not in writing; but it does not alter the fact that the husband has been guilty of a tort. His immunity is a mere rule of procedure and not a rule of substantive law. It is an immunity from suit and not an immunity from duty or liability.

With respect, the concluding distinction made by Lord Denning strikes me as artificial. There seems to be little content to a "liability" that is unenforceable. Lord Denning states that the husband has in fact committed a tort, though by operation of the "procedural" provision he simply cannot be held accountable for it. This position seems insupportable. In *Maxwell v. Callbeck*, [1939] S.C.R. 440, the plaintiff, while driving a motorcycle, was injured in a collision with the defendant's automobile in Alberta. The accident occurred on October 30, 1936, and the plaintiff brought action in negligence against the defendant on October 12, 1937. This Court agreed with the trial judge that the plaintiff was the author of his own misfortune but it further held that even if he

fondé sur l'arrêt de lord Denning *Broom v. Morgan*, [1953] 1 Q.B. 597 (C.A.) L'arrêt *Broom* portait sur la responsabilité d'un employeur relativement aux blessures subies par une femme par suite de la négligence de son mari alors qu'ils étaient tous deux employés du défendeur. La loi anglaise visée dans l'arrêt *Broom* était essentiellement identique à celle qui est en cause en l'espèce. Voici ce que lord Denning a dit au sujet de la responsabilité directe du mari, aux pp. 609 et 610:

[TRADUCTION] À mon avis, il est clair que le mari devait agir de façon raisonnable à l'égard de tous ceux qui étaient autorisés à se trouver dans la maison et qu'il a été négligent en ce qui les concerne tous, y compris son épouse. Si le serveur au bar était tombé dans le trou et s'était blessé, la responsabilité délictuelle du mari serait engagée et il serait responsable des dommages. Il en est de même lorsque son épouse tombe dans le trou. La seule différence est qu'en vertu de la loi, elle ne peut le poursuivre. L'immunité du mari ne se fonde pas sur la théorie selon laquelle le mari et l'épouse ne font qu'un. Cette fiction n'a désormais plus sa place dans notre droit. De nos jours son immunité se fonde simplement sur les termes de l'art. 12 de la Married Woman's Property Act, 1882, qui s'appliquent à cet égard en vertu de l'art. 1 de la Loi de 1935. Cet article empêche l'épouse de poursuivre son mari en dommages-intérêts à peu près de la même manière que la Statute of Frauds empêche une partie d'engager une poursuite quand un contrat n'est pas écrit; mais cela ne modifie pas le fait que le mari est coupable d'un délit. Son immunité est une simple règle de procédure et non une règle de fond. Il s'agit d'une immunité contre les poursuites et non une immunité contre une obligation ou une responsabilité.

Avec égards, je suis frappé par le caractère artificiel de la distinction que lord Denning a établie dans sa conclusion. Une «responsabilité» qu'on ne peut faire valoir ne semble pas avoir beaucoup de substance. Lord Denning dit que le mari a, en fait, commis un délit mais que, par l'application de la disposition de nature «procédurale», on ne peut simplement pas l'en tenir responsable. Cette position semble indéfendable. Dans l'arrêt *Maxwell v. Callbeck*, [1939] R.C.S. 440, le demandeur, qui conduisait une motocyclette, a subi des blessures par suite d'une collision avec l'automobile du défendeur en Alberta. L'accident est survenu le 30 octobre 1936 et le demandeur a intenté une action en dommages-intérêts contre le défendeur le 12 octobre 1937. Cette Cour a conclu

were not solely at fault, his negligence had contributed to the collision. At the time of the accident, the common law prohibition against apportionment of liability among tortfeasors had not been removed. However, in the interval between the accident and the time when the action was brought, the province had enacted *The Contributory Negligence Act*, S.A. 1937, c. 18, which provided for such apportionment, and the plaintiff contended that he was entitled to rely on its provisions. The Court, however, briefly dismissed the argument on the basis of the "well established" rule of prospective application of statutes. If Lord Denning's argument were accepted, a case like *Maxwell* would have to be decided otherwise, since by contributing to the accident the contributory tortfeasor certainly committed a wrong; at common law he was simply not liable for it.

This example in my view exposes the poverty of the attempted distinction between a liability and its enforcement. A "tort" is a legal construct and is not to be confused with a "wrong" in the general sense. It only exists where the law says it exists, i.e., where the law provides a remedy. While an action may not entail legal liability and yet be "wrong" in many senses, it is only wrong in the sense required by Lord Denning's argument if it is actionable.

Lord Denning determined that the husband's immunity from suit was "a mere rule of procedure" in large part because the initial common law rule from which the provision was descended had rested upon the now-discredited fiction that "husband and wife are one". In the absence of that fiction, the immunity is apparently, in Lord Denning's view, denuded of substantive content. What remains is purely procedural; *Broom*, at p. 609.

I also find it difficult to follow this argument. Whether or not the provision is based on the

comme le juge de première instance que le demandeur était l'auteur de son propre malheur, mais elle a en outre conclu que, même s'il n'était pas le seul à avoir commis une faute, sa négligence avait contribué à la collision. Au moment de l'accident, l'interdiction de *common law* contre le partage de la responsabilité entre les auteurs d'un délit n'avait pas été supprimée. Toutefois, dans l'intervalle entre l'accident et le moment où l'action a été intentée, la province avait adopté *The Contributory Negligence Act*, S.A. 1937, chap. 18, qui prévoyait un tel partage et le demandeur a soutenu qu'il avait le droit d'invoquer ses dispositions. Toutefois, la Cour a brièvement rejeté l'argument sur le fondement de la règle «bien établie» de l'application prospective des lois. Si l'argument de lord Denning était accepté, une affaire comme l'arrêt *Maxwell* aurait une issue différente étant donné qu'en contribuant à l'accident la victime a, par sa négligence, certainement causé un tort; en *common law*, elle n'en était tout simplement pas responsable.

À mon avis, cet exemple fait ressortir la faiblesse de la tentative d'établir une distinction entre la responsabilité et son application. Un «délit» découle d'une loi et ne doit pas être confondu avec un «tort» dans le sens général. Il n'existe que lorsque la loi prévoit son existence, c'est-à-dire lorsque la loi prévoit un redressement. Bien qu'un acte puisse ne pas entraîner de responsabilité juridique et constituer quand même un «tort» dans plusieurs sens, il ne s'agit d'un tort dans le sens exigé par l'argument de lord Denning que s'il ouvre droit à une poursuite.

Lord Denning a jugé que l'immunité du mari contre les poursuites constituait [TRADUCTION] «une simple règle de procédure» en grande partie parce que la règle de *common law* initiale dont découle la disposition se fondait sur la fiction qui est maintenant discréditée selon laquelle [TRADUCTION] «le mari et l'épouse ne font qu'un». En l'absence de cette fiction, selon lord Denning, l'immunité est apparemment dénuée de contenu quant au fond. Ce qui reste est purement procédural; *Broom*, à la p. 609.

Je trouve également difficile de suivre cet argument. Que la disposition soit fondée ou non sur une

common law fiction is irrelevant. As Oliver J. put it in *Midland Bank Trust Co. v. Green (No. 3)*, [1979] 2 All E.R. 193 (Ch. D.), at p. 211:

Of course, the fact that the law has evolved a rule, applying a particular fiction in given circumstances as a matter of policy does not involve the conclusion that a court is at liberty to alter the rule because it thinks that public policy has changed, although policy may be a cogent factor in ascertaining what the law is where there is no clear and certain guide in previous authority. What the court cannot do is to legislate to alter a clear and established rule

A provision is substantive or procedural for the purposes of retrospective application not according to whether or not it is based upon a legal fiction, but according to whether or not it affects substantive rights. P.-A. Côté, in *The Interpretation of Legislation in Canada* (1984), has this to say at p. 137:

In dealing with questions of temporal application of statutes, the term "procedural" has an important connotation: to determine if the provision will be applied immediately [i.e. to pending cases], "... the question to be considered is not simply whether the enactment is one affecting procedure but whether it affects procedure *only* and does not affect substantial rights of the parties." [Quoting *DeRoussy v. Nesbitt* (1920), 53 D.L.R. 514, 516.]

In the present case, it is difficult to see how procedure is being affected at all. The provision in question provides a complete defence to an action. Whatever may be the reasons for this, and whether one agrees or disagrees with them, the provision of a complete defence to an action, just as much as the creation of a cause of action itself, is a substantive matter.

Even if one assumes that the provision in question is procedural in some sense, the judicially created presumptions regarding the retrospective effect of procedural rules were not devised with this sort of distinction in mind. Normally, rules of procedure do not affect the content or existence of an action or defence (or right, obligation, or whatever else is the subject of the legislation), but only the manner of its enforcement or use. P. St. J. Langan, *Maxwell on Statutory Interpretation*

fiction de *common law* n'est pas pertinent. Voici ce que le juge Oliver a dit dans l'arrêt *Midland Bank Trust Co. v. Green (No. 3)*, [1979] 2 All E.R. 193 (Ch. D.), à la p. 211:

^a [TRADUCTION] Évidemment, le fait que l'évolution du droit ait produit une règle appliquant par principe une fiction particulière dans des circonstances données, ne signifie pas qu'un tribunal est libre de modifier la règle parce qu'il croit que la politique générale a changé, bien que celle-ci puisse être un facteur pertinent dans la recherche de ce qu'est le droit en l'absence de guides clairs et certains dans la jurisprudence. Le tribunal ne peut légiférer pour modifier une règle claire et établie

^c Une disposition est considérée de nature procédurale ou de fond aux fins de l'application rétroactive non parce qu'elle est ou non fondée sur une fiction juridique mais parce qu'elle a ou non un effet sur des droits matériels. P.-A. Côté, dans *Interprétation des lois* (1982), a dit aux pp. 149 et 150:

^e Lorsqu'il est question de l'application des lois dans le temps, le terme «procédure» est employé dans un sens tout à fait particulier: pour savoir si une disposition est d'application immédiate [c.-à-d. aux affaires en cours] «... il faut décider non seulement si le texte touche la procédure, mais aussi s'il ne touche *que* la procédure, sans toucher le fond du droit des parties». [Citant *De Roussy c. Nesbitt* (1920), 53 D.L.R. 514, 516 (traduction).]

^g En l'espèce, il est difficile de voir de quelle façon la procédure est touchée. La disposition en question offre un moyen de défense complet. Quelles que puissent en être les raisons et qu'on les approuve ou non, une disposition offrant un moyen de défense complet, tout autant que la création d'une cause d'action elle-même, est un élément de fond.

ⁱ Même si l'on présume que la disposition en question est de nature procédurale dans un certain sens, les tribunaux qui ont créé des présomptions concernant l'effet rétroactif des règles de procédure n'avaient pas ce genre de distinction à l'esprit. Normalement, les règles de procédure n'ont pas d'effet sur le contenu ou sur l'existence d'une action ou d'un moyen de défense (ou d'un droit, d'une obligation ou de quelque autre objet de la loi), mais seulement sur la manière de l'appliquer

(12th ed. 1969), at p. 222, puts the matter this way:

The presumption against retrospective construction has no application to enactments which affect only the procedure and practice of the courts. No person has a vested right in any course of procedure, but only the right of prosecution or defence in the manner prescribed for the time being, by or for the court in which he sues, and if an Act of Parliament alters that mode of procedure, he can only proceed according to that altered mode.

Alteration of a "mode" of procedure in the conduct of a defence is a very different thing from the removal of the defence entirely. The latter is in essence an interference with a vested right.

This is the reason for the judicially-created exception for limitations statutes. Although in some sense "procedural", they will not be presumed to have retrospective effect since they may deprive a plaintiff of a right of action which he had at the time of the passage of the legislation; see *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 S.C.R. 413; *Merrill v. Fisher* (1975), 11 O.R. (2d) 551 (C.A.), at p. 552. In a decision more closely related to the present case, this Court has recently held that the extension or alteration of a period of limitation will not deprive a person of the defence he had acquired under the limitation period in existence before the change; see *Martin v. Perrie*, [1986] 1 S.C.R. 41. However much sympathy one may have for Diane Angus, in my respectful view, the conclusion that s. 7 is of a procedural nature such as to entail a retrospective interpretation cannot be accepted. The rule against retrospective application should certainly have effect in a context such as the present one, where a party is deprived of a defence to an action by the operation of the new statute; see *Foy v. Foy* (1978), 20 O.R. (2d) 747 (C.A.), at pp. 747-48 *per* Jessup J.A. *in obiter*. This is the whole point of the presumption. The law is leery of retrospective legislation to begin with; the legislature will not lightly be presumed to have intended a provision to have retro-

ou de l'utiliser. Dans *Maxwell on Statutory Interpretation* (12th ed. 1969), à la p. 222, P. St. J. Langan dit à ce sujet:

[TRADUCTION] La présomption d'interprétation non-rétroactive ne s'applique pas aux dispositions qui n'ont seulement d'effet que sur la procédure et la pratique des tribunaux. Nul n'a de droit acquis sur une procédure particulière; une personne a seulement le droit de poursuivre ou de se défendre de la manière prescrite à ce moment-là par ou pour les tribunaux devant lesquels elle poursuit et, si une loi du Parlement modifie ce mode de procédure, elle ne peut agir que selon ce nouveau mode.

Le changement d'un «mode» de procédure dans la production d'une défense est une chose très différente du retrait complet du moyen de défense. Ce dernier est essentiellement une atteinte à un droit acquis.

C'est ce qui explique l'exception créée par les tribunaux pour les lois relatives à la prescription. Bien que dans un certain sens, elles soient «procédurales», on ne présumera pas qu'elles ont un effet rétroactif étant donné qu'elles peuvent priver un demandeur du droit d'action qu'il avait au moment de l'adoption de la loi; voir *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 R.C.S. 413; *Merrill v. Fisher* (1975), 11 O.R. (2d) 551 (C.A.) à la p. 552. Dans un arrêt qui se rapproche de l'espèce, cette Cour a récemment conclu que la prorogation ou la modification d'un délai de prescription ne privera pas une personne du moyen de défense qu'elle pouvait faire valoir en vertu du délai de prescription qui existait avant la modification; voir *Martin c. Perrie*, [1986] 1 R.C.S. 41. Toutefois, à mon humble avis, malgré toute la sympathie que l'on peut éprouver pour Diane Angus, la conclusion selon laquelle l'art. 7 est de nature procédurale de manière à entraîner une interprétation rétroactive ne peut être acceptée. La règle de la non-rétroactivité devrait certainement s'appliquer dans un contexte comme l'espèce où une partie est privée d'un moyen de défense contre une action en raison de l'application de la nouvelle loi; voir *Foy v. Foy* (1978), 20 O.R. (2d) 747 (C.A.), aux pp. 747 et 748, opinion incidente du juge Jessup. C'est la raison d'être de la présomption. Le droit considère avant tout avec suspicion une loi à effet rétroactif; on ne présumera pas facilement que le législateur a eu l'intention d'accorder un effet rétroactif à une

spective effect when the provision substantially affects the vested rights of a party.

Galligan J. also maintained that James Angus had no "right to injure" his wife and was, therefore, not being deprived of anything. The reality seems to me to be quite otherwise. A retroactive application of s. 7 would clearly deprive him of a complete defence to the action.

It is not necessary here to untangle the complex distinctions between substantive and procedural legislative provisions. The provision in this case is clearly substantive. In any case, whether the provision is deemed to be substantive or procedural, it is not one to which a presumption of retrospectivity can be applied. This would amount to a serious deprivation of an acquired right of the husband, and it should not lightly be assumed that this was the intention of the legislature.

The Court of Appeal, relying on its earlier decision in *Manning, supra*, also held that the divorce of Diane and James Angus subsequent to the commencement of the action put the parties outside the purview of s. 7. It seems to me, however, that this conclusion is in the end based on the characterization of the spousal immunity as procedural, which I have already rejected. In the realm of civil liability, a "victim's rights are crystallized at the moment of the wrongdoing", Côté, *supra*, at p. 103. No subsequent change of mere status can deprive a party of a substantive right subsisting at that time. Lord Denning in *Broom*, at p. 610, agreed:

In so far as [*Phillips v. Barnett*] was based on the fiction that husband and wife were one, the reasoning is no longer valid; but I would not like to suggest that the case would be decided any differently today. The immunity from suit conferred by section 12, once it has attached, is not lost by divorce.

Phillips v. Barnett, [1875-76] 1 Q.B.D. 436, concerned precisely the same situation as we are confronted with here, i.e., a divorced woman attempting to sue her former husband for damages

disposition lorsqu'elle porte nettement atteinte aux droits acquis d'une partie.

Le juge Galligan a également soutenu que James Angus n'avait aucun [TRADUCTION] «droit de porter préjudice» à sa femme et, par conséquent, qu'il n'était privé d'aucun droit. La réalité me semble tout à fait différente. Une application rétroactive de l'art. 7 priverait de toute évidence James Angus d'un moyen de défense complet.

Il n'est pas nécessaire en l'espèce de démêler les distinctions complexes qui existent entre les dispositions législatives de fond et procédurales. En l'espèce, la disposition porte de toute évidence sur le fond. De toute façon, qu'on considère que la disposition porte sur le fond ou sur la procédure, il ne s'agit pas d'une disposition à laquelle on peut appliquer une présomption de rétroactivité. Cela équivaudrait à une privation grave d'un droit acquis du mari et on ne devrait pas présumer à la légère que c'était l'intention du législateur.

La Cour d'appel, en se fondant sur son arrêt antérieur *Manning*, précité, a également conclu que le divorce de Diane et de James Angus après le début de l'action a placé les parties hors de la portée de l'art. 7. Toutefois, il me semble que cette conclusion est, en fin de compte, fondée sur la qualification de l'immunité des époux comme procédurale, ce que j'ai déjà rejeté. Dans le domaine de la responsabilité civile, «les droits de la victime sont établis au jour de l'acte dommageable», Côté, précité, à la p. 112. Aucune modification subséquente d'un simple statut ne peut priver une partie d'un droit matériel qui existe à ce moment-là. Lord Denning dans l'arrêt *Broom* a convenu à la p. 610:

[TRADUCTION] Dans la mesure où [*Phillips v. Barnett*] était fondé sur la fiction selon laquelle le mari et l'épouse ne font qu'un, le raisonnement n'est désormais plus valide; toutefois je ne voudrais pas laisser entendre que l'affaire aurait pu trouver une solution différente aujourd'hui. Le divorce ne fait pas disparaître l'immunité contre les poursuites que confère l'article 12, lorsqu'elle entre en jeu.

L'arrêt *Phillips v. Barnett*, [1875-76] 1 Q.B.D. 436, visait précisément la même situation que celle qui nous intéresse en l'espèce, c'est-à-dire une femme divorcée qui tente de poursuivre son ex-

inflicted during the marriage. It is worthy of notice that *Broom*, and several other cases relied upon by the appellants, involved facts substantially different from those before us. They concerned the vicarious liability of an employer when husband and wife were both employees and the wife suffered injury as a result of the negligence of the husband. Thus the effect of the husband's immunity was indirect, whereas in the present case it is direct.

The preceding discussion is sufficient to dispose of the case against the husband and of that against the insurance company for any liability flowing through him. Indeed, the insurance company would be absolved of the liability simply on the basis of the terms of the insurance policy. However, the liability of the father, Owen Hart, is in no way dependent on s. 7. As counsel for the appellant noted, for years children have had the right to sue their parents for damages resulting from the negligent operation of a motor vehicle. Section 214 of *The Insurance Act*, however, operated as a bar to recovery against the father's insurance company. This then, brings up the issue whether the repeal of s. 214 by s. 5 of *The Family Law Reform Act, 1975*, is to be construed as having retrospective effect.

The arguments made respecting s. 7 of *The Married Woman's Property Act* are equally applicable here. But the argument against the retrospective repeal of s. 214 is even stronger. To begin with, there can be no doubt that s. 214 is a substantive provision to which the ordinary principle against retrospective operation applies. Galligan J. agreed with this, but construed the repeal as retrospective because of the relationship of s. 5 to s. 7. In view of my conclusion on s. 7, this argument loses all its force.

This case is a good illustration of the policy reasons why statutes should not be given retrospective operation in the absence of an intention to do so that is either expressed in, or is necessarily implied by the statute. Substantial rights of insur-

mari pour des préjudices causés pendant le mariage. Il convient de souligner que l'arrêt *Broom* et plusieurs autres arrêts sur lesquels se fonde l'appelant comportaient des faits nettement différents de ceux de l'espèce. Ils visaient la responsabilité d'un employeur lorsque le mari et la femme étaient tous deux ses employés et que la femme avait subi un préjudice par suite de la négligence du mari. Par conséquent, l'effet de l'immunité du mari était indirect, alors qu'en l'espèce il est direct.

L'analyse qui précède est suffisante pour régler la poursuite contre le mari et la poursuite contre la compagnie d'assurances quant à la responsabilité qui lui incombe du fait de la conduite du mari. En fait, la compagnie d'assurances serait exonérée de la responsabilité simplement sur le fondement des modalités de la police d'assurance. Toutefois, la responsabilité du père, Owen Hart, ne dépend absolument pas de l'art. 7. Comme l'avocat de l'appelante l'a souligné, pendant de nombreuses années, les enfants ont eu le droit de poursuivre leurs parents pour des préjudices résultant de l'utilisation négligente d'un véhicule automobile. Toutefois, l'art. 214 de *The Insurance Act*, empêchait tout recours contre la compagnie d'assurances du père. Cette situation entraîne donc la question de savoir si l'abrogation de l'art. 214 par l'art. 5 de *The Family Law Reform Act, 1975* doit être interprétée comme ayant un effet rétroactif.

Les arguments présentés concernant l'art. 7 de *The Married Woman's Property Act* s'appliquent également en l'espèce. Toutefois, l'argument invoqué contre l'abrogation rétroactive de l'art. 214 est encore plus fort. Tout d'abord, il n'y a aucun doute que l'art. 214 est une disposition de fond à l'égard de laquelle s'applique le principe ordinaire de non-rétroactivité. Le juge Galligan en convient, mais il conclut à la rétroactivité de l'abrogation en raison du rapport qui existe entre l'art. 5 et l'art. 7. Compte tenu de ma conclusion à l'égard de l'art. 7, cet argument perd toute sa force.

Cette affaire constitue une bonne illustration des raisons de politique générale pour lesquels les lois ne doivent pas avoir d'application rétroactive en l'absence d'une intention à cet effet que la loi décrète expressément ou exige implicitement. Les

ance companies are affected by the decision of Galligan J. The reasoning regarding limitations Acts applies *a fortiori* to the situation of the insurance companies. Insurance companies calculate their premiums according to known risk factors. When the rates for the contract in question here were calculated, it was "known" that this particular risk—a suit in tort by Diane Angus against her husband—was precluded by s. 7. The insurance company relied upon that "knowledge" in setting its rates. A retrospective change to that circumstance should not lightly be implied. In *Martin v. Perrie, supra*, this Court held that the change of a limitation period for medical malpractice actions (from one year from the date of the Act to one year from the date of discovery of the damage) could not be given retrospective effect since physicians could have relied on the older provision to order their affairs (e.g., by destroying records) in such a way that they would be prejudiced by the change. The analogy here, in my view, is clear.

Disposition

For these reasons, I would allow the appeal, set aside the order of the Ontario Court of Appeal and dismiss the action as against Sun Alliance Insurance Company. The action against James Angus is also dismissed. The action against Owen Hart should be returned to the trial judge to be dealt with as required by law. There should be no order as to costs.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Hendin, Hendin & Casey, Ottawa.

Solicitor for the respondent Diane Hart Angus: David M. McFadyen, Willowdale.

Solicitors for the respondents Owen Hart and James Angus: Bell, Baker, Ottawa.

droits matériels des compagnies d'assurances sont touchés par la décision du juge Galligan. Le raisonnement concernant la prescription s'applique à fortiori à la situation des compagnies d'assurances. Celles-ci calculent leurs primes en tenant compte des facteurs de risque connus. Lorsque les taux relatifs au contrat en question en l'espèce ont été calculés, il était «connu» que ce risque en particulier—une poursuite en responsabilité civile par Diane Angus contre son mari—était écarté par l'art. 7. La compagnie d'assurances s'est fondée sur cette «connaissance» pour fixer ses taux. Une modification rétroactive de cette situation ne devrait pas être présumée à la légère. Dans l'arrêt *Martin c. Perrie*, précité, cette Cour a conclu que la modification d'un délai de prescription pour intenter des poursuites pour faute médicale (d'une année à compter de l'acte à une année à compter de la date de la découverte du préjudice) ne pouvait pas avoir d'effet rétroactif étant donné que les médecins auraient pu se fonder sur l'ancienne disposition pour organiser leurs affaires (p. ex. en détruisant des dossiers) d'une telle manière qu'ils auraient subi des préjudices en raison de la modification. À mon avis, l'analogie en l'espèce est évidente.

Dispositif

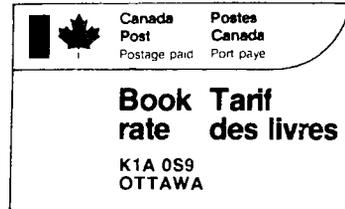
Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'ordre de la Cour d'appel de l'Ontario et de rejeter l'action intentée contre Sun Alliance Compagnie d'assurance. L'action intentée contre James Angus est également rejetée. L'action intentée contre Owen Hart est renvoyée devant le juge de première instance pour être traitée conformément à la loi. Il n'y a pas lieu d'adjuger de dépens.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelante: Hendin, Hendin & Casey, Ottawa.

Procureur de l'intimée Diane Hart Angus: David M. McFadyen, Willowdale.

Procureurs des intimés Owen Hart et James Angus: Bell, Baker, Ottawa.



*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, 1988 Vol. 2

and

**Rules of the Supreme
Court of Canada**

3^e cahier, 1988 Vol. 2

et

**Règles de la Cour
suprême du Canada**

Cited as [1988] 2 S.C.R. 271-383

Renvoi [1988] 2 R.C.S. 271-383

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

Deputy Registrar & Chief Law Editor
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Director of Publications
ODILE CALDER

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretary
CAROLE LOISELLE

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, 1988.

CONTENTS

Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne) 279

Civil rights — Employment — Discrimination — Civil status — Members of the immediate families of full-time employees and town councillors prohibited from taking employment with the town — Whether hiring practice based on civil status and discriminatory under s. 10 of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms — If so, whether town's hiring practice justified by s. 20 of the Charter — Construction of s. 20 — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q. 1977, c. C-12, ss. 10, 16, 20.

Gell v. Canadian Pacific Ltd. (Motion) 271

Courts — Jurisdiction — Supreme Court of Canada — Federal Court of Appeal — Motion for an extension of time to bring an application for leave to appeal from a judgment of the Federal Court of Appeal — Whether Supreme Court or Federal Court of Appeal has jurisdiction to extend the time period — Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, ss. 41, 42, 64 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 31, 33.

Practice — Supreme Court of Canada — Motion for an extension of time to bring an application for leave to appeal from a judgment of Federal Court of Appeal — Supreme Court of Canada without jurisdiction to extend the time period — Motion dismissed — Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, ss. 41, 42, 64 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 31, 33.

Continued on next page

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

Registraire adjoint & Arrêtiiste en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Directrice des publications
ODILE CALDER

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secrétaire
CAROLE LOISELLE

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, 1988.

SOMMAIRE

Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne) 279

Libertés publiques — Emploi — Discrimination — État civil — Interdiction faite aux membres de la famille immédiate des employés à plein temps et des conseillers municipaux de postuler un emploi auprès de la ville — Cette pratique en matière d'embauchage est-elle fondée sur l'état civil, et partant, discriminatoire selon l'art. 10 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec? — Dans l'affirmative, la pratique de la ville en matière d'embauchage est-elle justifiée par l'art. 20 de la Charte? — Interprétation de l'art. 20 — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q. 1977, chap. C-12, art. 10, 16, 20.

Gell c. Canadien Pacifique Ltée (Requête) 271

Tribunaux — Compétence — Cour suprême du Canada — Cour d'appel fédérale — Requête en prorogation de délai pour présenter une demande d'autorisation de pourvoi contre un jugement de la Cour d'appel fédérale — La Cour suprême ou la Cour d'appel fédérale a-t-elle compétence pour proroger ce délai? — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 41, 42, 64 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e supp.), chap. 10, art. 31, 33.

Pratique — Cour suprême du Canada — Requête en prorogation de délai pour présenter une demande d'autorisation de pourvoi contre un jugement de la Cour d'appel fédérale — Cour suprême du Canada non compétente pour proroger ce

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Morin	345
Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Whether trial judge misdirected jury as to burden of proof — Whether standard of proof beyond reasonable doubt applied to individual pieces of evidence.	
Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Whether jury's deliberations involve a two-stage process: the "fact finding" stage and the "verdict" stage — Whether trial judge should instruct jurors to apply standard of proof beyond reasonable doubt at each stage.	
Criminal law — Charge to jury — Psychiatric evidence — Evidence tending to show accused's propensity to commit crime — Crown seeking to refer to the psychiatric evidence on the issue of identity — Whether trial judge should have directed the jury to consider the psychiatric evidence on the issue of the identity of the killer.	
Evidence — Psychiatric evidence — Admissibility — Evidence tending to show accused's propensity to commit crime — Crown seeking to refer to the psychiatric evidence on the issue of identity — Whether psychiatric evidence admissible if tendered by the Crown — Whether evidence relevant on the issue of identity — Whether evidence admissible as evidence of similar facts.	
Criminal law — Appeal from an acquittal — Trial judge misdirected jury as to burden of proof — Crown's duty to satisfy the court that the verdict would not necessarily have been the same if the jury had been properly instructed — New trial ordered by Court of Appeal — Whether Crown had discharged the onus.	
Practice — Supreme Court of Canada — Introduction of fresh evidence — Procedure to follow.	
Rules of the Supreme Court of Canada	1

SOMMAIRE (Fin)

délai — Requête rejetée — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 41, 42, 64 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e supp.), chap. 10, art. 31, 33.

R. c. Morin

345

Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Le juge du procès a-t-il donné des directives erronées au jury quant à la charge de la preuve? — La norme de preuve hors de tout doute raisonnable a-t-elle été appliquée aux éléments de preuve individuels?

Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Y a-t-il deux étapes dans les délibérations du jury: l'étape de la «recherche des faits» et l'étape du «verdict»? — Le juge du procès doit-il dire aux jurés d'appliquer la norme de preuve hors de tout doute raisonnable à chaque étape?

Droit criminel — Exposé au jury — Preuve psychiatrique — Preuve tendant à démontrer la propension de l'accusé à commettre le crime — Tentative de la poursuite de recourir à la preuve psychiatrique relativement à la question de l'identité — Le juge du procès aurait-il dû dire au jury d'examiner la preuve psychiatrique sur la question de l'identité du meurtrier?

Preuve — Preuve psychiatrique — Admissibilité — Preuve tendant à démontrer la propension de l'accusé à commettre le crime — Tentative de la poursuite de recourir à la preuve psychiatrique relativement à la question de l'identité — La preuve psychiatrique est-elle admissible si elle est présentée par la poursuite? — La preuve est-elle pertinente relativement à la question de l'identité? — La preuve est-elle admissible en tant que preuve de faits similaires?

Droit criminel — Appel d'un acquittement — Directives erronées quant à la charge de la preuve — Obligation de la poursuite de convaincre la cour que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le jury avait reçu des directives appropriées — Nouveau procès ordonné par la Cour d'appel — La poursuite s'était-elle acquittée de son obligation?

Pratique — Cour suprême du Canada — Présentation d'une nouvelle preuve — Procédure applicable.

Règles de la Cour suprême du Canada

1

Canadian Human Rights Commission
Applicant

v.

Canadian Pacific Limited *Respondent*

INDEXED AS: GELL v. CANADIAN PACIFIC LTD.

File No.: 20729.

1988: June 6; 1988: October 27.

Present: Beetz, Wilson, Le Dain *, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

MOTION FOR EXTENSION OF TIME

Courts — Jurisdiction — Supreme Court of Canada — Federal Court of Appeal — Motion for an extension of time to bring an application for leave to appeal from a judgment of the Federal Court of Appeal — Whether Supreme Court or Federal Court of Appeal has jurisdiction to extend the time period — Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, ss. 41, 42, 64 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 31, 33.

Practice — Supreme Court of Canada — Motion for an extension of time to bring an application for leave to appeal from a judgment of Federal Court of Appeal — Supreme Court of Canada without jurisdiction to extend the time period — Motion dismissed — Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, ss. 41, 42, 64 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 31, 33.

On January 20, 1988, the applicant filed a motion in this Court asking for an extension of time for the bringing of an application for leave to appeal from a judgment of the Federal Court of Appeal rendered on October 13, 1987. Does the Supreme Court or any judge thereof have jurisdiction to extend the time period prescribed for bringing an application for leave to appeal from a judgment of the Federal Court of Appeal?

Held: The motion should be dismissed.

An application for leave to appeal from a judgment of the Federal Court of Appeal must be brought before that Court or the Supreme Court within sixty days of the pronouncement of the judgment appealed from. The combined operation of the *Federal Court Act* and the *Supreme Court Act* is such that the authority to extend this sixty-day period rests with a judge of the Federal Court of Appeal and not with the Supreme Court. The motion for extension of time must therefore be dis-

* Le Dain J. took no part in the judgment.

Commission canadienne des droits de la personne *Requérante*

c.

Canadien Pacifique Limitée *Intimée*

RÉPERTORIÉ: GELL c. CANADIEN PACIFIQUE LTÉE

N° du greffe: 20729.

b 1988: 6 juin; 1988: 27 octobre.

Présents: Les juges Beetz, Wilson, Le Dain *, La Forest et L'Heureux-Dubé.

REQUÊTE EN PROROGATION DE DÉLAI

Tribunaux — Compétence — Cour suprême du Canada — Cour d'appel fédérale — Requête en prorogation de délai pour présenter une demande d'autorisation de pourvoi contre un jugement de la Cour d'appel fédérale — La Cour suprême ou la Cour d'appel fédérale a-t-elle compétence pour proroger ce délai? — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 41, 42, 64 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e supp.), chap. 10, art. 31, 33.

Pratique — Cour suprême du Canada — Requête en prorogation de délai pour présenter une demande d'autorisation de pourvoi contre un jugement de la Cour d'appel fédérale — Cour suprême du Canada non compétente pour proroger ce délai — Requête rejetée — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 41, 42, 64 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e supp.), chap. 10, art. 31, 33.

Le 20 janvier 1988, la requérante a déposé en cette Cour une requête en prorogation de délai pour présenter une demande d'autorisation de pourvoi contre un jugement de la Cour d'appel fédérale rendu le 13 octobre 1987. La Cour suprême ou un de ses juges a-t-elle compétence pour proroger le délai prescrit pour présenter une demande d'autorisation de pourvoi contre un jugement de la Cour d'appel fédérale?

Arrêt: La requête doit être rejetée.

Une demande d'autorisation de pourvoi contre un jugement de la Cour d'appel fédérale doit être présentée devant cette dernière ou la Cour suprême dans les soixante jours du prononcé du jugement dont il est fait appel. La *Loi sur la Cour fédérale* et la *Loi sur la Cour suprême* ont pour effet conjugué que le pouvoir de proroger ce délai de soixante jours appartient à un juge de la Cour d'appel fédérale et non à la Cour suprême. La présente demande de prorogation de délai doit donc

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

missed, this Court lacking the jurisdiction to make such an order.

Cases Cited

Overtured: *Matsqui Institution Disciplinary Board v. Martineau*, F.C.A., No. A-500-77, June 26, 1978.

Statutes and Regulations Cited

Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 31 [am. 1974-75-76, c. 18, s. 9], 33.

Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, ss. 41 [am. 1974-75-76, c. 18, s. 5], 42, 64.

MOTION for extension of the time for the bringing of an application for leave to appeal from a judgment of the Federal Court of Appeal**. Motion dismissed.

Russell G. Juriansz, for the applicant.

N. D. Mullins, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

BEETZ J.—The applicant seeks an extension of time within which to bring an application for leave to appeal from a judgment of the Federal Court of Appeal rendered on October 13, 1987. The applicant also seeks leave of this Court to appeal from the same judgment.

In a sworn affidavit, General Counsel for the applicant, the Canadian Human Rights Commission, deposed that the decision to seek leave to appeal was made on December 16, 1987. On January 20, 1988, the applicant filed a motion in this Court asking for an extension of the time for the bringing of an application for leave to appeal, in other words outside the sixty-day time period prescribed by the then applicable s. 64 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19.

A preliminary jurisdictional matter arises which must be decided before this Court can decide on the merits of the application for leave to appeal: does the Supreme Court or any judge thereof have jurisdiction to extend the time period prescribed

** *Gell v. Canadian Pacific Ltd.*, F.C.A., No. A-712-86, October 13, 1987.

être rejetée, cette Cour n'ayant pas compétence pour rendre une telle ordonnance.

Jurisprudence

Arrêt écarté: *Comité de discipline de l'Institution de Matsqui c. Martineau*, C.A.F., n° A-500-77, le 26 juin 1978.

Lois et règlements cités

Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e supp.), chap. 10, art. 31 [mod. 1974-75-76, chap. 18, art. 9], 33.

Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 41 [mod. 1974-75-76, chap. 18, art. 5], 42, 64.

REQUÊTE en prorogation de délai pour présenter une demande d'autorisation de pourvoi contre un jugement de la Cour d'appel fédérale**. Requête rejetée.

Russell G. Juriansz, pour la requérante.

N. D. Mullins, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BEETZ—La requérante cherche à obtenir une prorogation de délai pour présenter une demande d'autorisation de pourvoi contre un jugement de la Cour d'appel fédérale rendu le 13 octobre 1987. Elle cherche également à obtenir de cette Cour l'autorisation de se pourvoir contre ce même jugement.

Dans un affidavit, l'avocat général de la requérante, la Commission canadienne des droits de la personne, affirme que la décision de demander l'autorisation de pourvoi a été prise le 16 décembre 1987. Le 20 janvier 1988, la requérante a déposé en cette Cour une requête en prorogation de délai pour présenter une demande d'autorisation de pourvoi, c'est-à-dire en dehors du délai de soixante jours prescrit par l'art. 64 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19, alors applicable.

Avant de pouvoir se prononcer sur le fond de la demande d'autorisation de pourvoi, cette Cour doit d'abord trancher une question préliminaire de compétence, savoir si la Cour suprême ou un de ses juges a compétence pour proroger le délai prescrit

** *Gell c. Canadien Pacifique Ltée*, C.A.F., n° A-712-86, 13 octobre 1987.

for bringing an application for leave to appeal from a judgment of the Federal Court of Appeal?

On March 21, 1988, the parties argued the application to extend time and the application for leave to appeal before a bench composed of Le Dain, L'Heureux-Dubé JJ. and myself. After the parties spoke to the application to extend time, which turns on the jurisdictional point only, we reserved judgment on that motion and asked counsel to address the application for leave to appeal on the merits. At the end of the hearing, we reserved judgment on the application for leave to appeal as well.

It was decided that the jurisdictional issue raised by the application to extend time was sufficiently important that it should be heard by a bench of five judges of this Court. On June 6, 1988, a bench composed of Wilson, Le Dain, La Forest, L'Heureux-Dubé JJ. and myself heard arguments by the parties on the jurisdictional point only. The merits of the application for leave itself were not re-argued. The bench of five judges convened on June 6, 1988 would rule on the application to extend time. If the resolution of that application required the Court to consider the application for leave to appeal on the merits, then this latter motion would be decided by the bench of three judges present when that motion was argued on March 21, 1988.

The written application to extend time beyond the statutory sixty-day delay for leave to appeal was made by Mr. Juriansz, counsel for the Commission, pursuant to s. 41(2) of the *Supreme Court Act*. Section 41, which has since been amended, stated as follows:

41. (1) Subject to subsection (3), an appeal lies to the Supreme Court from any final or other judgment of the highest court of final resort in a province, or a judge thereof, in which judgment can be had in the particular case sought to be appealed to the Supreme Court, whether or not leave to appeal to the Supreme Court has been refused by any other court, where, with respect to the particular case sought to be appealed, the Supreme Court is of the opinion that any question involved there-

pour présenter une demande d'autorisation de pourvoi contre un jugement de la Cour d'appel fédérale.

a Le 21 mars 1988, les parties ont plaidé la demande de prorogation de délai ainsi que la demande d'autorisation de pourvoi devant les juges Le Dain, L'Heureux-Dubé et moi-même. Après avoir entendu les arguments des parties sur la demande de prorogation, qui dépend exclusivement de la question de compétence, nous avons mis cette requête en délibéré et demandé aux avocats de présenter leurs arguments sur le fond de la demande d'autorisation de pourvoi. À la fin de l'audience, nous avons également mis la demande d'autorisation de pourvoi en délibéré.

d Il a été décidé que la question de compétence soulevée par la demande de prorogation était suffisamment importante pour qu'elle soit entendue par cinq juges de cette Cour. Le 6 juin 1988, les juges Wilson, Le Dain, La Forest, L'Heureux-Dubé et moi-même avons entendu les arguments des parties sur la question de compétence seulement. La demande d'autorisation elle-même n'a pas été plaidée de nouveau au fond. Les cinq juges qui ont siégé le 6 juin 1988 devront rendre une décision sur la demande de prorogation. Si cette décision requiert que la Cour examine la demande d'autorisation de pourvoi au fond, cette dernière sera alors tranchée par les trois juges devant qui elle a été plaidée le 21 mars 1988.

g M^e Juriansz, l'avocat de la Commission, a présenté en application du par. 41(2) de la *Loi sur la Cour suprême* la demande écrite de prorogation en dehors des soixante jours fixés par la Loi pour demander une autorisation de pourvoi. L'article 41, qui a été modifié depuis, était alors rédigé en ces termes:

i 41. (1) Sous réserve du paragraphe (3), il peut être interjeté appel à la Cour suprême de tout jugement, définitif ou autre, rendu par la plus haute cour du dernier ressort habilitée, dans une province, à rendre jugement dans l'affaire en question, ou par l'un des juges de cette cour, que l'autorisation d'en appeler à la Cour suprême ait ou non été refusée par un autre tribunal, lorsque la Cour suprême estime, étant donné l'importance de l'affaire pour le public, l'importance des

in 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, and leave to appeal from such judgment is accordingly granted by the Supreme Court.

(2) Leave to appeal under this section may be granted during the period fixed by section 64 or within thirty days thereafter or within such further extended time as the Supreme Court or a judge may either before or after the expiry of the thirty days fix or allow.

(3) No appeal to the Supreme Court lies under this section from the judgment of any court acquitting or convicting or setting aside or affirming a conviction or acquittal of an indictable offence or, except in respect of a question of law or jurisdiction, of an offence other than an indictable offence.

(4) Whenever the Supreme Court has granted leave to appeal, the Supreme Court or a judge may, notwithstanding anything in this Act, extend the time within which the appeal may be allowed.

Mr. Mullins, counsel for Canadian Pacific Ltd., took the position, which is clearly right, that s. 41 of the *Supreme Court Act* only applies to appeals from the highest court of final resort in a province or any judge thereof and not to appeals from the Federal Court of Appeal.

Appeals from the Federal Court of Appeal are governed solely by s. 42 of the *Supreme Court Act* and by ss. 31 and 33 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, which provide as follows:

Supreme Court Act

42. Notwithstanding anything in this Act, the Supreme Court has jurisdiction as provided in any other Act conferring jurisdiction.

Federal Court Act

31. ...

(2) An appeal to the Supreme Court lies with leave of the Federal Court of Appeal from a final or other judgment or determination of that Court where, in the opinion of the Court of Appeal, the question involved in the appeal is one that ought to be submitted to the Supreme Court for decision.

questions mixtes 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 et lorsqu'elle accorde dès lors l'autorisation d'interjeter appel de ce jugement.

(2) L'autorisation d'appel aux termes du présent article peut être accordée pendant la période fixée par l'article 64 ou dans les trente jours qui la suivent, ou dans tel autre délai prorogé que la Cour suprême ou un juge peut fixer ou accorder, soit avant, soit après l'expiration des trente jours.

(3) Nul appel à la Cour suprême ne peut être interjeté selon le présent article, du jugement d'une cour acquittant ou déclarant coupable, ou annulant ou confirmant une déclaration de culpabilité ou un acquittement, d'un acte criminel ou, sauf sur une question de droit ou de juridiction, d'une infraction autre qu'un acte criminel.

(4) Chaque fois que la Cour suprême a accordé une autorisation d'appel, cette Cour ou un juge peut, nonobstant toute disposition de la présente loi, proroger le délai d'admission de l'appel.

M^e Mullins, l'avocat de Canadien Pacifique Ltée, a fait valoir à juste titre que l'art. 41 de la *Loi sur la Cour suprême* s'applique seulement aux appels de décisions rendues par la plus haute cour de dernier ressort dans une province ou d'un de ses juges et non aux appels de décisions de la Cour d'appel fédérale.

Les appels des décisions de la Cour d'appel fédérale sont exclusivement régis par l'art. 42 de la *Loi sur la Cour suprême* et par les art. 31 et 33 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e supp.), chap. 10, dont voici le texte:

Loi sur la Cour suprême

42. Nonobstant toute disposition de la présente loi, la Cour suprême a la compétence prévue par toute autre loi conférant juridiction.

Loi sur la Cour fédérale

31. ...

(2) Il peut être interjeté appel, devant la Cour suprême, avec l'autorisation de la Cour d'appel fédérale, d'un jugement final ou autre jugement de cette Cour lorsque la Cour d'appel estime que la question en jeu dans l'appel est une question qui devrait être soumise à la Cour suprême pour décision.

(3) An appeal lies to the Supreme Court from a final or other judgment or determination of the Federal Court of Appeal, whether or not leave to appeal to the Supreme Court has been refused by the Federal Court of Appeal, where, with respect to the particular case sought to be appealed, 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, and leave to appeal from such judgment or determination is accordingly granted by the Supreme Court.

33. (1) An appeal to the Supreme Court under this Act shall be brought within sixty days from the pronouncement of the judgment or the determination appealed from (in the calculation of which July and August shall be excluded) or within such further time as a judge of the Court of Appeal may either before or after the expiry of those sixty days fix or allow, by depositing a notice of appeal with the Registrar of the Supreme Court.

(2) All parties directly affected by the appeal shall be served forthwith with a copy of the notice of appeal and evidence of service thereof shall be filed with the Registrar of the Supreme Court.

(3) A copy of the notice of appeal as deposited with the Registrar of the Supreme Court shall be filed in the Registry of the Federal Court.

(4) The notice of appeal may limit the subject of the appeal to a part of the judgment or determination complained of.

These provisions appear to create a jurisdictional gap. While section 31(2) and (3) of the *Federal Court Act* give the Federal Court of Appeal and the Supreme Court the power to grant leave to appeal from a judgment of the Federal Court of Appeal, neither the *Federal Court Act* nor the *Supreme Court Act* prescribe a time period during which an application for leave to appeal must be brought. Furthermore, if such a time period does exist, neither statute grants express authority to extend time for a late application.

For quite some time, rota judges of this Court have routinely granted extensions of time within which to bring applications for leave to appeal from judgments of the Federal Court of Appeal.

(3) Les jugements finals et toute autre décision de la Cour d'appel fédérale sont, que celle-ci ait ou non refusé l'autorisation d'en appeler, susceptibles d'appel devant la Cour suprême du Canada, lorsque cette dernière 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 et lorsqu'elle accorde dès lors l'autorisation d'interjeter appel de ce jugement.

33. (1) Un appel interjeté devant la Cour suprême en vertu de la présente loi est formé par le dépôt d'un avis d'appel au bureau du registraire de la Cour suprême, dans un délai de soixante jours à dater du prononcé du jugement dont il est fait appel (dans le décompte duquel juillet et août doivent être exclus) ou dans telle autre période que le juge de la Cour d'appel peut indiquer ou accorder soit avant soit après l'expiration de ces soixante jours.

(2) Une copie de l'avis d'appel doit être immédiatement signifiée à toutes les parties directement intéressées dans l'appel et la preuve de sa signification doit être déposée au bureau du registraire de la Cour suprême.

(3) Une copie de l'avis d'appel déposé au bureau du registraire de la Cour suprême doit être déposée au greffe de la Cour fédérale.

(4) L'avis d'appel peut restreindre l'objet de l'appel à une partie du jugement.

Ces dispositions paraissent laisser un vide juridique. Alors que les par. 31(2) et (3) de la *Loi sur la Cour fédérale* donnent à la Cour d'appel fédérale et à la Cour suprême le pouvoir d'accorder une autorisation d'interjeter appel d'un jugement de la Cour d'appel fédérale, ni la *Loi sur la Cour fédérale* ni la *Loi sur la Cour suprême* ne prescrivent de délai à l'intérieur duquel une demande d'autorisation de pourvoi doit être présentée. En outre, si un tel délai existe, ni l'une ni l'autre loi n'accorde le pouvoir de proroger ce délai quand une demande est tardive.

Depuis déjà assez longtemps, les juges de cette Cour prorogent couramment les délais pour des demandes d'autorisation de pourvoi à l'encontre de jugements de la Cour d'appel fédérale. De plus, au

Indeed in at least one instance, the Federal Court of Appeal itself ruled that it was without jurisdiction to extend the time within which an applicant might apply for leave to appeal to the Supreme Court. In *Matsqui Institution Disciplinary Board v. Martineau*, F.C.A., No. A-500-77, June 26, 1978, Ryan J. of the Federal Court of Appeal refused such an application in the following terms:

This application, expressed as being brought pursuant to section 33 of the Federal Court Act, for an extension of time within which the applicant may apply for leave to appeal to the Supreme Court of Canada from a judgment of this Court dated March 17, 1978, is dismissed, this Court lacking the authority to make such an order.

According to Mr. Mullins' submissions, the apparent gap means that there is no jurisdiction in this Court to grant an extension of time to bring an application for leave to appeal from a judgment of the Federal Court of Appeal. In support of the application, on the other hand, Mr. Juriansz contends that the result of the apparent gap is that an application for leave to appeal can be brought at any time and, furthermore, that there is no jurisdiction in any court to extend time because there is no need for any such jurisdiction.

In my view, the absence of express statutory language does not create a complete jurisdictional gap. The combined operation of the *Federal Court Act* and the *Supreme Court Act* is such that an application for leave to appeal from a judgment of the Federal Court of Appeal must be brought before that Court or the Supreme Court within sixty days of the pronouncement of the judgment appealed from. The authority to extend this sixty-day period rests with a judge of the Federal Court of Appeal and not with the Supreme Court.

As I have noted, there is no express statutory language which provides for the above conclusion. Instead we are left with the task of inferring from the applicable statutes the rules which fill the apparent gap.

My reasoning may be summarized in the following steps:

moins une fois la Cour d'appel fédérale a elle-même décidé qu'elle n'avait pas compétence pour proroger le délai à l'intérieur duquel un requérant pouvait demander une autorisation de pourvoi à la Cour suprême. Dans l'affaire *Comité de discipline de l'Institution de Matsqui c. Martineau*, C.A.F., n° A-500-77, le 26 juin 1978, le juge Ryan à la Cour d'appel fédérale a rejeté une telle demande en ces termes:

[TRADUCTION] La présente demande, qui se dit être présentée en application de l'art. 33 de la Loi sur la Cour fédérale, en prorogation du délai à l'intérieur duquel le requérant peut demander une autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada contre un jugement de cette Cour rendu le 17 mars 1978, est rejetée, cette Cour n'ayant pas le pouvoir de rendre une telle ordonnance.

Suivant les arguments de M^e Mullins, le vide apparent signifie que cette Cour n'a pas compétence pour accorder une prorogation de délai pour présenter une demande d'autorisation de pourvoi contre un jugement de la Cour d'appel fédérale. D'autre part, M^e Juriansz soutient, à l'appui de la demande, que le vide apparent a pour conséquence qu'une demande d'autorisation de pourvoi peut être présentée à tout moment et que ni l'une ni l'autre cour n'a compétence pour proroger le délai parce que cette compétence n'est pas nécessaire.

À mon avis, l'absence de disposition législative expresse ne crée pas un vide juridique complet. La *Loi sur la Cour fédérale* et la *Loi sur la Cour suprême* ont pour effet conjugué qu'une demande d'autorisation de pourvoi contre un jugement de la Cour d'appel fédérale doit être présentée devant cette dernière ou la Cour suprême dans les soixante jours du prononcé du jugement dont il est fait appel. Le pouvoir de proroger ce délai de soixante jours appartient à un juge de la Cour d'appel fédérale et non à la Cour suprême.

Comme je l'ai souligné, aucune disposition législative expresse ne prévoit la conclusion qui précède. Nous en sommes plutôt réduits à dégager des lois applicables les règles qui comblent le vide apparent.

Mon raisonnement peut être résumé en ces termes:

1. An appeal to the Supreme Court from a judgment of the Federal Court of Appeal must be brought within sixty days of the pronouncement of the judgment appealed from (s. 33(1) of the *Federal Court Act*). Leave can be granted by the Federal Court of Appeal (s. 31(2)) or the Supreme Court (s. 31(3)). An extension of such time may only be granted by a judge of the Federal Court of Appeal (s. 33(1)).

2. There is no express rule which fixes a time period during which an application for leave must be brought. In my view the application must be brought within sixty days of the judgment appealed from since notice of the appeal itself must be filed within sixty days pursuant to s. 33(1). This view is based on an analogy with the *Supreme Court Act*:

(a) the then applicable s. 64(1) of the *Supreme Court Act* stated that except as otherwise provided, every appeal shall be brought within sixty days of the judgment appealed from;

(b) the then applicable s. 41(2) stated that an application for leave to appeal from a provincial court of appeal must be granted within the sixty-day period provided for in s. 64 or within thirty days thereafter or within such further extended time as the Supreme Court or a judge of the Court may fix or allow.

3. It may thus be assumed that the time period for granting an application for leave to appeal does not exceed the time period for bringing an appeal.

4. Given that the *Federal Court Act*, unlike s. 41(2) of the *Supreme Court Act*, does not provide for a time period exceeding the sixty days within which leave to appeal must be sought, it should therefore be concluded that the application for leave to appeal must be brought within sixty days of judgment of the Federal Court of Appeal.

5. A judge of the Federal Court of Appeal, who has the sole authority to extend the time during which the appeal may be brought under s. 33(1), also has the sole authority to extend time during

1. Un pourvoi à la Cour suprême contre un jugement de la Cour d'appel fédérale doit être interjeté dans les soixante jours du prononcé du jugement dont il est fait appel (par. 33(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*). L'autorisation peut être accordée par la Cour d'appel fédérale (par. 31(2)) ou la Cour suprême (par. 31(3)). Seul un juge de la Cour d'appel fédérale peut accorder une prorogation de ce délai (par. 33(1)).

2. Aucune règle expresse ne fixe le délai pendant lequel une demande d'autorisation doit être présentée. À mon avis, elle doit l'être dans les soixante jours du jugement dont il est fait appel puisque, suivant le par. 33(1), l'avis d'appel lui-même doit être déposé dans les soixante jours. Cette opinion se fonde sur une analogie avec la *Loi sur la Cour suprême*:

a) le paragraphe 64(1) de la *Loi sur la Cour suprême* alors applicable prévoyait que, sauf disposition contraire, un pourvoi doit être formé dans les soixante jours du prononcé du jugement dont il est fait appel;

b) le paragraphe 41(2) alors applicable prévoyait qu'une demande d'autorisation de pourvoi contre la décision d'une cour d'appel provinciale doit être accordée pendant la période de soixante jours fixée par l'art. 64 ou dans les trente jours qui la suivent, ou dans tel autre délai que la Cour suprême ou un de ses juges peut fixer ou accorder.

3. On peut ainsi présumer que le délai pour accueillir une demande d'autorisation de pourvoi n'est pas supérieur au délai imparti pour se pourvoir.

4. Vu que la *Loi sur la Cour fédérale*, contrairement au par. 41(2) de la *Loi sur la Cour suprême*, ne prévoit pas un délai excédant la période de soixante jours pendant laquelle l'autorisation de pourvoi doit être demandée, il faut donc conclure que la demande d'autorisation de pourvoi doit être présentée dans les soixante jours du prononcé du jugement de la Cour d'appel fédérale.

5. Un juge de la Cour d'appel fédérale, qui en vertu du par. 33(1) a le pouvoir exclusif de proroger le délai au cours duquel le pourvoi doit être formé, a également le pouvoir exclusif de proroger

which an application for leave to appeal can be brought beyond the sixty-day period for leave to appeal described above. With the greatest of respect for the contrary view expressed by Ryan J. in *Matsqui, supra*, such authority should be inferred from the authority under s. 33(1) to extend the time within which an appeal may be brought. The Supreme Court or a judge of the Supreme Court has no such power.

The application for extension of time to apply for leave to appeal is therefore dismissed, this Court lacking the jurisdiction to make such an order.

I should add that if the applicant did obtain the necessary extension of time for leave to appeal from a judge of the Federal Court of Appeal, the judges of this bench who heard the application for leave to appeal on the merits are of the view that the application should be dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the applicant: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitor for the respondent: N. D. Mullins, Vancouver.

le délai au cours duquel une demande d'autorisation de pourvoi peut être présentée au-delà de la période de soixante jours mentionnée précédemment. Avec égards pour l'opinion contraire exprimée par le juge Ryan dans l'affaire *Matsqui*, précitée, l'existence de ce pouvoir doit être tirée du pouvoir que le par. 33(1) accorde de proroger le délai pour se pourvoir. Ni la Cour suprême ni un juge de la Cour suprême n'ont ce pouvoir.

La demande de prorogation de délai pour présenter une autorisation de pourvoi est donc rejetée, cette Cour n'ayant pas compétence pour rendre une telle ordonnance.

Je dois ajouter que, si la requérante obtient d'un juge de la Cour d'appel fédérale la prorogation de délai nécessaire pour se pourvoir, les juges qui ont entendu l'autorisation de pourvoi sur le fond sont d'avis que la demande doit être rejetée.

Jugement en conséquence.

Procureurs de la requérante: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureur de l'intimée: N. D. Mullins, Vancouver.

Commission des droits de la personne du Québec *Appellant*

v.

Town of Brossard *Respondent*

and

Line Laurin *Mis en cause*

INDEXED AS: BROSSARD (TOWN) v. QUEBEC
(COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE)

File No.: 18270.

1986: April 30; 1988: November 10.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Civil rights — Employment — Discrimination — Civil status — Members of the immediate families of full-time employees and town councillors prohibited from taking employment with the town — Whether hiring practice based on civil status and discriminatory under s. 10 of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms — If so, whether town's hiring practice justified by s. 20 of the Charter — Construction of s. 20 — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q. 1977, c. C-12, ss. 10, 16, 20.

The town of Brossard adopted a hiring policy disqualifying members of the immediate families of full-time employees and town councillors from taking up employment with the town. The mis en cause complained to the Commission des droits de la personne when her application for summer employment with the town as a lifeguard was not considered, pursuant to the anti-nepotism policy, because her mother worked as a full-time typist at the municipal police station. The Commission stated that she had been wronged and recommended that she be immediately granted the position for which she had applied. The town then sought a declaration from the Superior Court that the hiring policy did not constitute wrongful discrimination under s. 10 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*. The Court dismissed the motion but the Court of Appeal reversed the judgment. This appeal is to determine whether the town's hiring policy constitutes

* Chouinard and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

Commission des droits de la personne du Québec *Appelante*

c.

a Ville de Brossard *Intimée*

et

Line Laurin *Mise en cause*

b RÉPERTORIÉ: BROSSARD (VILLE) c. QUÉBEC
(COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE)

N° du greffe: 18270.

1986: 30 avril; 1988: 10 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

d *Libertés publiques — Emploi — Discrimination — État civil — Interdiction faite aux membres de la famille immédiate des employés à plein temps et des conseillers municipaux de postuler un emploi auprès de la ville — Cette pratique en matière d'embauchage est-elle fondée sur l'état civil, et partant, discriminatoire selon l'art. 10 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec? — Dans l'affirmative, la pratique de la ville en matière d'embauchage est-elle justifiée par l'art. 20 de la Charte? — Interprétation de l'art. 20 — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q. 1977, chap. C-12, art. 10, 16, 20.*

La ville de Brossard a adopté une politique d'embauchage qui empêche les membres de la famille immédiate des employés à plein temps et des conseillers municipaux d'être embauchés par la ville. La mise en cause a porté plainte auprès de la Commission des droits de la personne lorsque, conformément à la politique antinépotisme, sa demande visant à obtenir de la ville un emploi d'été comme sauveteur a été écartée parce que sa mère travaillait à plein temps comme dactylographe au poste de police de la municipalité. La Commission a déclaré que la mise en cause avait été victime d'un préjudice et a recommandé qu'elle se voie immédiatement confier le poste qu'elle avait sollicité. La ville a alors demandé à la Cour supérieure de déclarer que la politique d'embauchage ne constituait pas de la discrimination illicite au sens de l'art. 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. La Cour a rejeté la requête, mais la Cour d'appel a infirmé cette décision. Ce pourvoi vise

* Les juges Chouinard et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

discrimination in employment based on "civil status" contrary to ss. 10 and 16 of the Quebec *Charter*; and, if so, whether the exclusion of members of the immediate families of full-time employees and town councillors is deemed non-discriminatory pursuant to one of the exceptions provided for in s. 20 of the *Charter*.

Held: The appeal should be allowed.

Per Beetz, McIntyre, Lamer and La Forest JJ.:

(1) Section 10 of the *Charter*

The town's hiring policy represented an exclusion based on the civil status of persons applying for employment with the town. The exclusion was based on filiation, fraternity and sorority, and marital status viewed in relative terms—the hiring policy excluded candidates married to persons already connected to the town—, which are all included in the "civil status" of candidates protected by s. 10 of the *Charter*. This is true both generally as well as in the particular case of the *mis en cause*. Furthermore, the candidates' civil status was the operative cause of their exclusion. While in some circumstances the mother-daughter relationship might be viewed separately from the position occupied by the mother, for the purposes of determining the cause of the *mis en cause*'s exclusion these two factors operated together to form a single, indivisible cause. The civil status of the *mis en cause*, an appreciation of which required an examination of the mother's situation, caused her exclusion.

Such an exclusion constitutes discrimination under s. 10 only if, pursuant to the second paragraph of that provision, the exclusion has the effect of nullifying or impairing the candidates' right to full and equal recognition and exercise of their human rights and freedoms. The *mis en cause* and other candidates excluded by the hiring policy plainly did not enjoy the full and equal recognition and exercise of their right to non-discrimination in employment established by s. 16. The town's hiring policy was therefore discriminatory under s. 10 of the *Charter*.

(2) Section 20 of the *Charter*

(a) *Construction*

Section 20 of the *Charter* provides for two separate statutory exceptions to the anti-discrimination norm in s. 10 and it is wrong to suggest that there is a connection between them, even for the purposes of interpreting their respective terms. The two exceptions, founded on differing legislative objectives, are deserving of different

à déterminer si la politique d'embauchage de la ville constitue de la discrimination dans l'embauchage fondée sur «l'état civil», contrairement aux art. 10 et 16 de la *Charte* québécoise et, dans l'affirmative, si l'exclusion des membres de la famille immédiate des employés à plein temps et des conseillers municipaux est réputée non discriminatoire en raison de l'une des exceptions prévues à l'art. 20 de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les juges Beetz, McIntyre, Lamer et La Forest:

(1) L'article 10 de la *Charte*

La politique d'embauchage de la ville représente une exclusion fondée sur l'état civil de personnes postulant des emplois auprès d'elle. Il s'agit d'une exclusion fondée sur la filiation, la fraternité et la «sororité», ainsi que l'état matrimonial au sens relatif—la politique d'embauchage exclut les postulants mariés à des personnes ayant déjà des liens avec la ville—, lesquels sont tous inclus dans «l'état civil» des candidats pour les fins de l'art. 10 de la *Charte*. Cela vaut tant d'une manière générale que dans le cas particulier de la mise en cause. De plus, l'état civil des candidats est la cause efficiente de leur exclusion. Certes, la relation de mère-fille et le poste occupé par la mère sont des facteurs qui pourraient être dissociés dans certaines circonstances, mais pour ce qui est de déterminer la cause de l'exclusion de la mise en cause, ils jouent ensemble de manière à former une cause unique et indivisible. C'est l'état civil de la mise en cause, dont l'appréciation a nécessité l'examen de la situation de sa mère, qui a été à l'origine de son exclusion.

Pareille exclusion ne constitue de la discrimination au sens de l'art. 10 que si, comme le prévoit le deuxième alinéa de cette disposition, l'exclusion a pour effet de détruire ou de compromettre le droit des candidats à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne. Il est clair que la mise en cause et les autres candidats exclus en raison de la politique d'embauchage n'ont pas joui de la reconnaissance et de l'exercice, en pleine égalité, du droit à la non-discrimination dans l'embauchage, prévu par l'art. 16. Il s'ensuit que la politique d'embauchage de la ville est discriminatoire au sens de l'art. 10 de la *Charte*.

(2) L'article 20 de la *Charte*

a) *Interprétation*

L'article 20 de la *Charte* prévoit deux exceptions distinctes à la norme antidiscrimination établie par l'art. 10 et on a tort de les prétendre connexes, même aux fins de l'interprétation de leurs termes respectifs. Ces deux exceptions, fondées sur des objectifs législatifs différents, méritent l'emploi de méthodes d'interprétation

methods of statutory interpretation. The first branch, which provides that an “exclusion . . . based on the aptitudes or qualifications required in good faith for an employment . . . is deemed non-discriminatory”, should be interpreted restrictively since it takes away rights which otherwise benefit from a liberal interpretation. The second branch provides that an “exclusion . . . justified by the charitable, philanthropic, religious, political or educational nature of a non-profit institution or of an institution devoted exclusively to the well-being of an ethnic group, is deemed non-discriminatory”. This exception, while imposing a limitation on the rights of some individuals, also confers rights upon certain groups. It is designed to promote the fundamental right of individuals to freely associate in groups for the purpose of expressing particular views or engaging in particular pursuits. The Court, therefore, rather than adopting a liberal or a restrictive interpretation of the second branch, should give the expressions “non-profit institution” and “political nature” their ordinary meaning, using the traditional rules of statutory interpretation.

(b) *The First Branch*

In order to be relevant for the purposes of the first branch of s. 20, the “aptitudes or qualifications required in good faith for an employment” must necessarily relate to one of the enumerated grounds in s. 10 since the exception can only be invoked following the determination that a given behaviour amounts to discrimination contrary to s. 10. In this case, the absence of conflict of interest on the part of the person considered for employment was the “aptitude or qualification” which related to civil status, the enumerated ground in s. 10 relevant to the discriminatory hiring policy. A requirement that candidates be free from conflicts of interest encourages impartiality in the hiring of new public servants and promotes impartiality in the performance of public servants’ duties after they have been hired.

For its hiring policy to be deemed non-discriminatory under the first branch of s. 20, the town had to demonstrate that: (1) the absence of conflict of interest requirement was imposed honestly, in good faith (a subjective test); and (2) the requirement is related in an objective sense to the performance of employment with the town in that it was reasonably necessary to assure the efficient and economic performance of the work (an objective test). A requirement is “reasonably necessary” to assure the performance of a job under the objective test when it satisfies the following two criteria: the aptitude or qualification must be rationally connected to

différentes. Le premier volet, qui porte qu’une «exclusion [...] fondée sur les aptitudes ou qualités exigées de bonne foi pour un emploi [...] est réputée non discriminatoire», doit s’interpréter restrictivement puisqu’il supprime des droits qui autrement recevraient une interprétation libérale. Suivant le second volet, une «exclusion [...] justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d’une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d’un groupe ethnique est réputée non discriminatoire». Cette exception, tout en imposant des limites aux droits de certains individus, confère des droits à certains groupes. Elle est destinée à promouvoir le droit fondamental des individus de s’associer librement afin d’exprimer des opinions particulières ou d’exercer des activités particulières. Donc, plutôt que d’adopter une interprétation libérale ou restrictive du second volet, la Cour devrait donner aux expressions «institution sans but lucratif» et «caractère politique» leur sens ordinaire, en recourant aux règles traditionnelles d’interprétation des lois.

b) *Le premier volet*

Pour être pertinentes aux fins du premier volet de l’art. 20, les «aptitudes ou qualités exigées de bonne foi pour un emploi» doivent nécessairement se rapporter à l’un des motifs énumérés à l’art. 10 étant donné que l’exception ne peut être invoquée qu’à la suite de la détermination qu’une conduite donnée constitue une discrimination contrairement à l’art. 10. En l’espèce, l’absence de conflit d’intérêts de la part du postulant d’un emploi constitue «l’aptitude ou la qualité» qui se rapporte à l’état civil, lequel représente le motif de discrimination mentionné à l’art. 10 qui est pertinent relativement à la politique discriminatoire en matière d’embauchage. L’exigence que les postulants ne soient pas en situation de conflit d’intérêts favorise l’impartialité dans l’embauchage de nouveaux fonctionnaires et dans l’exécution de leurs fonctions une fois qu’ils ont été engagés.

Pour que sa politique d’embauchage soit réputée non discriminatoire au sens du premier volet de l’art. 20, la ville devait démontrer: (1) que l’exigence qu’il n’y ait pas de conflit d’intérêts a été imposée honnêtement, de bonne foi (critère subjectif), et (2) que cette exigence se rapporte objectivement à l’exercice de l’emploi auprès de la ville, en ce sens qu’elle est raisonnablement nécessaire pour assurer l’exécution efficace et économique du travail (critère objectif). Une exigence est «raisonnablement nécessaire» pour assurer l’exécution du travail, selon le critère objectif, si elle satisfait aux deux conditions suivantes: l’aptitude ou la qualité doit avoir un lien

the employment concerned and the rule must be properly designed to ensure that the aptitude or qualification is met without placing an undue burden on those to whom the rule applies.

The subjective element of the test was met here because the requirement was imposed honestly. The purpose of the hiring policy was to combat nepotism and to promote sound municipal management; it was not to frustrate the objectives of the *Charter*.

The objective part of the test was not met. Nevertheless, the aptitude or qualification required of all candidates—an absence of real and potential conflicts of interest and the appearances thereof—was rationally connected to employment with the town, including employment as a lifeguard for which the *mis en cause* applied. All public servants, from the most powerful mandarin to the most junior clerk, share in a duty to the collectivity whereby the particular interests of the public servant must yield to the general interest of the citizens which make up that collectivity. It is appropriate and indeed necessary to adopt rules of conduct for public servants to inhibit conflicts of interest, of which nepotism is one serious form. Moreover, it should be possible for a government employer to establish rules of conduct designed to combat not only real or potential conflicts of interest but also the appearance of such conflicts.

In this case, however, the rule was disproportionately stringent in view of the aptitude or qualification which it sought to verify. The hiring policy that the town chose to adopt was a blanket rule allowing for no exceptions and therefore did not sufficiently take into account the degree of likelihood that an abuse of power would take place. For an exclusion of this nature to be justified as an occupational requirement under the first branch of s. 20, the requirement must be tailored to the employment in question so that it can be said to preclude real conflicts of interest, potential conflicts of interest which are reasonably likely to arise, and the appearance of conflicts of interest founded on a reasonable apprehension of bias. The population of the municipality, the number of public servants it employs, the peculiarities of its administrative structure, the nature of the positions occupied in respect of their potential for abuse of power and, to some extent, the nature of the family relationship in question, are all relevant to determining whether the rule is properly designed in respect of the objective test. In this case, the town's hiring policy was not sufficiently tailored to the nature of the positions occupied in respect of the potential for abuse of power.

rationnel avec l'emploi en question et la règle doit être bien conçue de manière que l'exigence quant à l'aptitude ou à la qualité puisse être remplie sans que les personnes assujetties à la règle ne se voient imposer un fardeau excessif.

a En l'espèce, on a satisfait à l'élément subjectif du critère parce que l'exigence a été imposée honnêtement. La politique d'embauchage visait à combattre le népotisme et à favoriser une saine gestion municipale et non pas à contrecarrer les objectifs de la *Charte*.

b On n'a pas satisfait à l'élément objectif du critère. Néanmoins, l'aptitude ou la qualité requise de tous les postulants, savoir l'absence de conflits d'intérêts réels ou éventuels et d'apparence de tels conflits, présente un lien rationnel avec l'emploi auprès de la ville, y compris avec l'emploi de sauveteur postulé par la mise en cause. Tous les fonctionnaires, du cadre le plus puissant jusqu'au moindre petit commis, partagent envers la collectivité une responsabilité en vertu de laquelle les intérêts particuliers du fonctionnaire doivent céder le pas devant l'intérêt général des citoyens qui composent cette collectivité. Il est approprié, voire nécessaire, d'adopter pour les fonctionnaires des règles de conduite destinées à prévenir les conflits d'intérêts, dont le népotisme constitue une forme particulièrement grave. De plus, il devrait être possible à un gouvernement employeur d'établir des règles de conduite visant à combattre non seulement les conflits d'intérêts réels ou éventuels mais aussi l'apparence de tels conflits.

f En l'espèce, toutefois, la règle est d'une sévérité disproportionnée à l'aptitude ou à la qualité dont elle vise à assurer la possession. La politique d'embauchage que la ville a décidé d'adopter constitue une règle générale qui n'admet aucune exception et qui ne tient donc pas compte suffisamment du degré de probabilité qu'un abus de pouvoir soit commis. Pour qu'une exclusion de ce genre soit justifiée en tant qu'exigence professionnelle, en vertu du premier volet de l'art. 20, cette exigence doit être adaptée à l'emploi en question de manière qu'on puisse dire qu'elle prévient les conflits d'intérêts réels, les conflits d'intérêts éventuels dont il est raisonnable de croire qu'ils pourront surgir et les apparences de conflit d'intérêts fondées sur une crainte raisonnable de partialité. La population de la municipalité, le nombre de ses fonctionnaires, les particularités de sa structure administrative, la nature des postes occupés du point de vue des possibilités d'abus de pouvoir qu'ils présentent et, dans une certaine mesure, la nature de la relation familiale en question sont tous des points pertinents lorsqu'il s'agit de déterminer si la règle est bien conçue en ce qui concerne le critère objectif. En l'espèce, la politique d'embauchage de la ville ne tenait pas

The mother was not in a position to influence the hiring of her daughter and there was no reasonable apprehension that she could have done so. There was also no evidence enabling the Court to evaluate the blanket rule in connection with the size of the municipality and its public service. The first branch of s. 20 did not, therefore, justify the town's discriminatory hiring practice.

(c) *The Second Branch*

The town's discriminatory practice is not saved by the second branch of s. 20. A municipality is not a "non-profit institution" of a "political nature" as contemplated by this section. Although the use of the expression "non-profit institution" does not preclude the application of the second branch to municipalities, the words "charitable, philanthropic, religious, political or educational nature" which precede "non-profit institution" in s. 20 colour the meaning of the latter expression, and support the view that a municipality is not included therein.

The word "political" can also be interpreted, in other contexts, so as to include municipalities and other government employers. In section 20, however, the word "political" is explained by the other examples of non-profit institutions given by the legislator and the concept of "vocation" appears to be implicit in each of them. An institution of a political nature would be one with a particular ideological or policy-oriented vocation and would not include a municipality.

Further, the second branch of s. 20 is designed to promote the fundamental freedom of individuals to associate in groups for the purpose of expressing particular views or engaging in particular pursuits, and to prevent those individuals from being inhibited in so doing by the anti-discriminatory norm in s. 10. Therefore, to be protected by the second branch of s. 20, an institution must have, as a primary purpose, the promotion of the interests and welfare of an identifiable group of persons characterized by a common ground under s. 10. The institution itself may fall into one or another of the s. 20 types, but there must always be a connection between the brand of s. 10 discrimination practised by the group and the nature of the institution as well as a congruence between a primary group purpose and the brand of s. 10 discrimination. The underlying policy of the second branch of s. 20 makes it clear that a municipality, like other governments, is precluded from invoking

suffisamment compte de la nature des postes occupés du point de vue des possibilités d'abus de pouvoir qu'ils présentent. La mère n'était pas en mesure d'influencer l'embauchage de sa fille et il n'y avait aucune crainte raisonnable qu'elle pût exercer une telle influence. De plus, la Cour ne disposait d'aucun élément de preuve permettant d'évaluer la règle générale en fonction de la taille de la municipalité et de sa fonction publique. Il s'ensuit donc que le premier volet de l'art. 20 ne justifie pas la pratique discriminatoire en matière d'embauchage suivie par la ville.

c) *Le second volet*

Le second volet de l'art. 20 ne vient pas sauvegarder la pratique discriminatoire de la ville. Une municipalité n'est pas l'«institution sans but lucratif» ayant «un caractère politique» envisagée dans cette disposition. Quoique l'emploi de l'expression «institution sans but lucratif» n'exclue pas l'application du second volet à des municipalités, les mots «caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif» qui, à l'art. 20, précèdent l'expression «institution sans but lucratif» influent sur le sens de cette dernière expression et appuient le point de vue selon lequel elle ne comprend pas une municipalité.

Dans d'autres contextes, le mot «politique» peut aussi être interprété de manière à comprendre les municipalités et d'autres gouvernements employeurs. À l'article 20, cependant, le sens du mot «politique» est éclairé par les autres exemples d'institutions sans but lucratif donnés par le législateur et chacun de ces exemples paraît renfermer la notion de «vocation». Une institution de caractère politique serait une institution ayant une vocation particulière reliée à une idéologie ou à un programme et ne comprendrait pas une municipalité.

De plus, le second volet de l'art. 20 est destiné à promouvoir la liberté fondamentale des individus de s'associer afin d'exprimer des opinions particulières ou d'exercer des activités particulières et, ce faisant, leur droit de ne pas être gênés par la norme antidiscrimination établie à l'art. 10. Donc, pour bénéficier de la protection du second volet de l'art. 20, une institution doit avoir pour objectif premier la promotion des intérêts et du bien-être d'un groupe identifiable de personnes partageant une des caractéristiques énoncées à l'art. 10. L'institution elle-même peut relever de l'une ou l'autre des catégories prévues à l'art. 20, mais il doit toujours y avoir un lien entre la discrimination fondée sur l'un des motifs énoncés à l'art. 10 pratiquée par le groupe et la nature de l'institution, de même qu'entre l'un des objectifs premiers visés par le groupe et la discrimination fondée sur l'un des motifs énoncés à l'art. 10. Il se dégage nettement de la politique qui sous-tend le second

ing the exception. A municipality is not an institution which promotes the interests and welfare of an identifiable group of persons characterized by a factor enumerated in s. 10. The town does not discriminate in order to promote the free association of members of any such identifiable group.

Given the conclusion that the town is not a non-profit institution of a political nature which cannot avail itself of the second branch of s. 20, the Court need not inquire as to whether the discriminatory hiring policy is "justified" in the circumstances. However, as a general rule, the distinction, exclusion or preference practised by the non-profit institution to which the second branch applies must be justified in an objective sense by the particular nature of the institution in question.

Per Wilson and La Forest JJ.: The town's reason for adopting its anti-nepotism policy was to enhance both the reality and the public image of itself as an employer who applies completely impartial hiring practices. The town believed that, as a public body accountable to the residents of the town for the proper administration of the town's affairs, it had to be above reproach as far as its hiring practices were concerned. It should hire and be seen to hire purely on the basis of merit and not on the basis of preferential treatment accorded to the relatives of council members or persons already in its employ. This objective of the town was broader than its concern over potential conflicts of interest and the Court must decide whether that broader concern could provide a justification for its anti-nepotism policy under the first branch of s. 20. The nature of the job applied for and the nature of the job held by any relative, while crucial on the conflict of interest basis of qualification, would not be determinative on this question.

The nature of the employer is relevant in determining the "qualifications" which may legitimately be attached to an employment under the first branch of s. 20 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*. A municipality's anti-nepotism policy could thus be justified on the ground that it is a "qualification required in good faith" for employment by it because of its status as a public body. The policy, however, was not "reasonably necessary" to ensure the integrity of the town's administration or the appearance of such integrity. While the hiring of relatives may well pose a threat or be perceived as posing a threat to the integrity of the town's adminis-

volet de l'art. 20 qu'une municipalité, comme tout autre gouvernement, ne peut invoquer cette exception. Une municipalité n'est pas une institution dont le rôle consiste à promouvoir les intérêts et le bien-être d'un groupe identifiable de personnes caractérisées par un des facteurs énumérés à l'art. 10. En l'espèce, la ville n'exerce pas la discrimination pour favoriser la liberté d'association de membres d'un tel groupe identifiable.

Étant donné la conclusion que la ville n'est pas une institution sans but lucratif ayant un caractère politique et qu'elle ne peut donc pas se prévaloir du second volet de l'art. 20, la Cour n'a pas à se demander si la politique discriminatoire en matière d'embauchage est «justifiée» dans les circonstances. En règle générale toutefois, lorsqu'une institution sans but lucratif, à laquelle s'applique le second volet, fait une distinction ou une exclusion ou accorde une préférence, cette distinction, exclusion ou préférence doit être justifiée au sens objectif par le caractère particulier de cette institution.

Les juges Wilson et La Forest: La ville a adopté sa politique antinépotisme afin de rehausser aussi bien dans les faits qu'aux yeux du public son image d'employeur qui suit des pratiques tout à fait impartiales en matière d'embauchage. La ville croyait qu'en tant qu'organisme public ayant la responsabilité envers ses habitants d'assurer la saine administration des affaires municipales, elle se devait d'avoir des pratiques irréprochables en matière d'embauchage. Elle devait pratiquer et être perçue comme pratiquant l'embauchage fondé exclusivement sur le mérite et non pas sur le traitement préférentiel accordé aux parents de conseillers municipaux ou de personnes déjà à son service. Cet objectif de la ville était beaucoup plus large que son souci de prévenir les conflits d'intérêts et la Cour doit décider si cet objectif plus large peut fournir en vertu du premier volet de l'art. 20 une justification de sa politique antinépotisme. La nature de l'emploi postulé et la nature du poste occupé par un parent, quoique cruciales pour une justification fondée sur le conflit d'intérêts, ne seraient pas déterminantes relativement à cette question.

Le caractère de l'employeur est pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer les «qualités» qui, en vertu du premier volet de l'art. 20 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, peuvent être légitimement exigées pour un emploi. La politique antinépotisme d'une municipalité pourrait donc être justifiée pour le motif qu'il s'agit, en raison de son caractère d'organisme public, d'une «qualité exigée de bonne foi» pour un emploi auprès d'elle. Cette politique n'était toutefois pas «raisonnablement nécessaire» pour assurer l'intégrité ou l'apparence d'intégrité de l'administration municipale. Bien que l'embauchage de parents puisse

tration, the adoption of a total ban was too stringent a measure to avoid such a threat having regard to the importance of the right violated by an anti-nepotism policy, i.e., the right not to be discriminated against. Since less drastic means were available to the town to achieve its object, its policy was not justified by the first branch of s. 20.

Cases Cited

By Beetz J.

Applied: *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *Caldwell v. Stuart*, [1984] 2 S.C.R. 603; **approved:** *Biscuits Associés du Canada Ltée v. Commission des droits de la personne*, [1981] C.A. 521; *Cashin v. Canadian Broadcasting Corp.* (1988), 86 N.R. 24 (F.C.A.), rev'g (1987), 8 C.H.R.R. D/3699; *Mark v. Porcupine General Hospital* (1984), 6 C.H.R.R. D/2538; *Commission des droits de la personne du Québec v. Québec (Ville de)*, [1986] R.J.Q. 243; **disapproved:** *Mormina v. Saint-Léonard (Ville de)*, J.E. 87-950; **distinguished:** *Johnson v. Commission des affaires sociales*, [1984] C.A. 61; **referred to:** *Commission des droits de la personne v. École de conduite St-Amour Inc.*, [1983] C.P. 16; *Blanchette v. Cie d'assurance du Canada sur la vie*, [1984] C.S. 1240; *Aronoff v. Hawryluk* (1981), 2 C.H.R.R. D/534; *Syndicat national des employés de garage de Québec Inc. (C.S.D.) v. Roy*, [1987] D.L.Q. 409; *Placements G.P.C. Inc. v. Union des employés de commerce, local 504*, [1987] D.L.Q. 93n; *Marché Sabrevois Inc. v. Union des employés de commerce, local 500*, [1987] D.L.Q. 71n; *Commission des droits de la personne du Québec v. Courtier provincial en alimentation (1971) Inc.* (1982), 3 C.H.R.R. D/1134; *Bosi v. Township of Michipicoten* (1983), 4 C.H.R.R. D/1252; *Décision C.D.P.—18*, [1987] D.L.Q. 155; *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Association A.D.G.Q. v. Commission des écoles catholiques de Montréal*, [1980] C.S. 93; *Décision C.D.P.—31*, [1986] D.L.Q. 462; *Ladouceur v. Dollard-des-Ormeaux (Ville de)*, [1987] D.L.Q. 95n; *Commission des droits de la personne du Québec v. Ville de Lachine*, [1984] C.S. 361.

bien présenter une menace ou être considéré comme présentant une menace pour l'intégrité de l'administration de la ville, il reste que, compte tenu de l'importance du droit violé par une politique antinépotisme, c.-à-d. le droit de ne pas être victime de discrimination, l'adoption d'une interdiction totale pour éviter cette menace était une mesure trop stricte. Étant donné que la ville pouvait recourir à des moyens moins draconiens pour réaliser son objectif, sa politique n'est pas justifiée par le premier volet de l'art. 20.

Jurisprudence

Citée par le juge Beetz

Arrêts appliqués: *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; *Caldwell c. Stuart*, [1984] 2 R.C.S. 603; **arrêts approuvés:** *Biscuits Associés du Canada Ltée c. Commission des droits de la personne*, [1981] C.A. 521; *Cashin c. Société Radio-Canada* (1988), 86 N.R. 24 (C.A.F.), inf. (1987), 8 C.H.R.R. D/3699; *Mark v. Porcupine General Hospital* (1984), 6 C.H.R.R. D/2538; *Commission des droits de la personne du Québec c. Québec (Ville de)*, [1986] R.J.Q. 243; **arrêt critiqué:** *Mormina c. Saint-Léonard (Ville de)*, J.E. 87-950; **distinction d'avec l'arrêt:** *Johnson c. Commission des affaires sociales*, [1984] C.A. 61; **arrêts mentionnés:** *Commission des droits de la personne c. École de conduite St-Amour Inc.*, [1983] C.P. 16; *Blanchette c. Cie d'assurance du Canada sur la vie*, [1984] C.S. 1240; *Aronoff v. Hawryluk* (1981), 2 C.H.R.R. D/534; *Syndicat national des employés de garage de Québec Inc. (C.S.D.) c. Roy*, [1987] D.L.Q. 409; *Placements G.P.C. Inc. c. Union des employés de commerce, local 504*, [1987] D.L.Q. 93n; *Marché Sabrevois Inc. c. Union des employés de commerce, local 500*, [1987] D.L.Q. 71n; *Commission des droits de la personne du Québec c. Courtier provincial en alimentation (1971) Inc.* (1982), 3 C.H.R.R. D/1134; *Bosi v. Township of Michipicoten* (1983), 4 C.H.R.R. D/1252; *Décision C.D.P.—18*, [1987] D.L.Q. 155; *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Association A.D.G.Q. c. Commission des écoles catholiques de Montréal*, [1980] C.S. 93; *Décision C.D.P.—31*, [1986] D.L.Q. 462; *Ladouceur c. Dollard-des-Ormeaux (Ville de)*, [1987] D.L.Q. 95n; *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Lachine*, [1984] C.S. 361.

By Wilson J.

Referred to: *Caldwell v. Stuart*, [1984] 2 S.C.R. 603.

Statutes and Regulations Cited

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q. 1977, c. C-12, ss. 10 [am. 1978, c. 7, s. 112], 16, 20, 82.
Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19.
Civil Code of Lower Canada, arts. 39 et seq., 54, 356.
Civil Code of Quebec, art. 572.
Code of Civil Procedure, arts. 453 et seq.
Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53, ss. 17, 23.
Public Service Act, R.S.Q., c. F-3.1.1, s. 7.

Authors Cited

Bisson, Alain-François. "La Charte québécoise des droits et libertés de la personne et le dogme de l'interprétation spécifique des textes constitutionnels" (1986), 17 *R.D.U.S.* 19.
 Garant, Patrice. *La fonction publique canadienne et québécoise*. Québec: Presses de l'Université Laval, 1973.
 Jèze, Gaston. *Les principes généraux du droit administratif*, vol. II, 3^e éd. Paris: Michel Giard, 1930.
 Robert, Paul. *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, vol. III. Paris: Le Robert, 1981, "institution".

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1983] C.A. 363, 3 D.L.R. (4th) 228, reversing a judgment of the Superior Court, [1980] R.P. 203, which dismissed respondent's motion for declaratory judgment. Appeal allowed.

Hélène LeBel, Q.C., and *Guy Desautels*, for the appellant.

Clermont Vermette, Q.C., for the respondent.

The judgment of *Beetz, McIntyre, Lamer* and *La Forest JJ.* was delivered by

BEETZ J.—The town of Brossard, in a good faith effort to combat nepotism within the local public service, has adopted a hiring policy which disqualifies members of the immediate families of full-time employees and town councillors from taking up employment with the town. Can the town exclude this class of applicant without practising discrimination in employment, thereby

Citée par le juge Wilson

Arrêt mentionné: *Caldwell c. Stuart*, [1984] 2 R.C.S. 603.

a Lois et règlements cités

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q. 1977, chap. C-12, art. 10 [mod. 1978, chap. 7, art. 112], 16, 20, 82.
Code civil du Bas Canada, art. 39 et suiv., 54, 356.
Code civil du Québec, art. 572.
Code de procédure civile, art. 453 et suiv.
Code des droits de la personne, L.O. 1981, chap. 53, art. 17, 23.
Loi sur la fonction publique, L.R.Q., chap. F-3.1.1, art. 7.
Loi sur les cités et villes, L.R.Q., chap. C-19.

Doctrine citée

Bisson, Alain-François. «La Charte québécoise des droits et libertés de la personne et le dogme de l'interprétation spécifique des textes constitutionnels» (1986), 17 *R.D.U.S.* 19.
 Garant, Patrice. *La fonction publique canadienne et québécoise*. Québec: Presses de l'Université Laval, 1973.
 Jèze, Gaston. *Les principes généraux du droit administratif*, vol. II, 3^e éd. Paris: Michel Giard, 1930.
 Robert, Paul. *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, t. III. Paris: Le Robert, 1981, «institution».

f POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1983] C.A. 363, 3 D.L.R. (4th) 228, infirmant une décision de la Cour supérieure, [1980] R.P. 203, qui avait rejeté la requête pour jugement déclaratoire de l'intimée. Pourvoi accueilli.

Hélène LeBel, c.r., et *Guy Desautels*, pour l'appelante.

h *Clermont Vermette, c.r.*, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges *Beetz, McIntyre, Lamer* et *La Forest* rendu par

LE JUGE BEETZ—La ville de Brossard a en toute bonne foi tenté de combattre le népotisme dans la fonction publique locale par l'adoption d'une politique d'embauchage qui empêche les membres de la famille immédiate des employés à plein temps et des conseillers municipaux d'être embauchés par la ville. Or, la ville peut-elle exclure cette catégorie de postulants sans exercer

violating one of the rights and freedoms protected by the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q. 1977, c. C-12?

I Facts and Proceedings

The facts are not in dispute.

The standard form application for employment with the town of Brossard, in keeping with the respondent's anti-nepotism hiring policy, bears the following heading:

[TRANSLATION] If you have an immediate relative (father, mother, spouse, child, brother, sister) among the full-time employees or members of the town council, you may not apply for employment with the town of Brossard.

The mis en cause, Line Laurin, fell prey to the rule. She applied for summer employment with the respondent as a lifeguard and, pursuant to the anti-nepotism policy, her application was not considered because her mother worked as a full-time typist at the municipal police station.

Line Laurin complained to the appellant Commission des droits de la personne of the respondent's refusal to consider her application. On May 23, 1978, the appellant's Investigations Branch addressed a letter to Mr. Armand Lussier, the town's director of personnel, informing the town of the results of its investigation. The letter stated that [TRANSLATION] "Miss Laurin has been the victim of a wrong in that she is prohibited from working for the town of Brossard because her mother is a permanent employee of that municipality." The letter contained a demand, presumably a "recommendation" pursuant to s. 82 of the *Charter*, directing that Line Laurin be immediately granted the position for which she had applied and further requesting the respondent to remove all references and questions relating to its hiring policy from its standard form application.

On November 13, 1979, the town filed a motion for declaratory judgment pursuant to arts. 453 *et seq.* of the *Code of Civil Procedure*, naming the Commission and Line Laurin as respondents. In the conclusions to its motion, the town asked the Superior Court to declare, *inter alia*, the following:

la discrimination dans l'embauchage, qui constitue une violation de l'un des droits et libertés protégés par la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. 1977, chap. C-12?

^a I Les faits et les procédures

Les faits sont incontestés.

En conformité avec sa politique antinépotisme ^b en matière d'embauchage, l'intimée, la ville de Brossard, utilise une formule type de demande d'emploi qui porte la mention suivante:

Si vous avez un parent immédiat (père, mère, conjoint, enfant, frère, sœur) parmi les employés réguliers ^c parmi les membres du Conseil municipal, vous ne pouvez pas postuler un emploi à la Ville de Brossard.

La mise en cause, Line Laurin, est devenue ^d victime de cette règle. Elle a postulé auprès de l'intimée un emploi d'été comme sauveteur et monitrice et, conformément à la politique antinépotisme, sa demande a été écartée parce que sa mère travaillait à plein temps comme dactylographe au service de police de la municipalité. ^e

Line Laurin s'est plainte auprès de l'appelante, la Commission des droits de la personne, du refus de l'intimée d'étudier sa demande. Le 23 mai ^f 1978, le service des enquêtes de l'appelante a adressé à M. Armand Lussier, directeur du personnel de la ville, une lettre informant celle-ci des résultats de son enquête. Cette lettre portait que ^g «Mlle Laurin est victime d'un préjudice, en ce sens qu'il lui est interdit de travailler pour la Ville de Brossard à cause du fait que sa mère est une permanente à cette municipalité». La lettre exigeait (il s'agissait vraisemblablement d'une ^h «recommandation» en vertu de l'art. 82 de la *Charte*), que Line Laurin se voie immédiatement confier le poste qu'elle avait sollicité et demandait en outre que l'intimée supprime de sa formule type de demande d'emploi toutes les mentions et questions ⁱ se rapportant à sa politique d'embauchage.

Le 13 novembre 1979, la ville présente une requête pour jugement déclaratoire fondée sur les art. 453 et suiv. du *Code de procédure civile*, dans laquelle la Commission et Line Laurin sont constituées intimées. Dans les conclusions de sa requête, la ville demande à la Cour supérieure de déclarer

that the hiring policy did not constitute wrongful discrimination under s. 10 of the *Charter*; that the town was justified in not considering the candidacy of Line Laurin; and that the town was justified in maintaining the references to its hiring policy in the standard form application.

On December 20, 1979, Deslongchamps J. of the Superior Court dismissed the town's motion for declaratory judgment: [1980] R.P. 203. The Court of Appeal, in a judgment dated October 18, 1983, allowed the town's appeal, Jacques J.A. dissenting: [1983] C.A. 363. The Commission appeals from that judgment by leave of this Court, Line Laurin named as mis en cause.

Resolution of this appeal requires the Court to address three separate but related questions. First, it must be determined whether the respondent's hiring policy constitutes discrimination in employment based on "civil status" contrary to ss. 10 and 16 of the *Charter*. I consider this issue in Part II of these reasons and conclude that the hiring policy is indeed discriminatory on this ground. Next the Court must establish whether the exclusion of members of the immediate families of full-time employees and town councillors is deemed non-discriminatory pursuant to one of the statutory exceptions to the anti-discrimination norm. Each of the two distinct exceptions which make up s. 20 of the *Charter* must be analyzed separately. The first branch of s. 20, which I treat in Part III of these reasons, requires the Court to determine whether the exclusion is based on an aptitude or qualification required in good faith for the employment. I conclude that it is not. In Part IV of these reasons, I examine the second branch of s. 20 to determine whether the respondent can invoke the exception which provides that an exclusion can be justified by the political nature of a non-profit institution. Here again, I conclude that the discriminatory hiring policy is not saved by the statutory exception.

notamment que la politique en matière d'embauchage ne constitue pas de la discrimination illicite au sens de l'art. 10 de la *Charte*, que la ville est justifiée de ne pas retenir la candidature de Line Laurin, et que la ville était justifiée de conserver dans sa formule type de demande d'emploi les mentions se rapportant à sa politique d'embauchage.

Le 20 décembre 1979, le juge Deslongchamps de la Cour supérieure rejette la requête pour jugement déclaratoire de la ville: [1980] R.P. 203. La Cour d'appel, dans un arrêt en date du 18 octobre 1983, accueille l'appel interjeté par la ville, le juge Jacques étant dissident: [1983] C.A. 363. Avec l'autorisation de cette Cour, la Commission se pourvoit contre cet arrêt. Line Laurin est constituée mise en cause.

La Cour ne peut trancher ce pourvoi sans se pencher sur trois questions distinctes mais connexes. Il faut d'abord déterminer si la politique d'embauchage de l'intimée constitue de la discrimination dans l'embauchage fondée sur «l'état civil», contrairement aux art. 10 et 16 de la *Charte*. Voilà une question que j'aborde à la partie II des présents motifs et relativement à laquelle je conclus que la politique d'embauchage constitue effectivement ce genre de discrimination. Ensuite, la Cour doit décider si l'exclusion des membres de la famille immédiate des employés à plein temps et des conseillers municipaux est réputée non discriminatoire en raison de l'une des exceptions légales à la norme antidiscrimination. Chacune des deux exceptions distinctes prévues à l'art. 20 de la *Charte* doit être analysée séparément. Le premier volet de l'art. 20, dont il est question à la partie III des présents motifs, impose à la Cour l'obligation de déterminer si l'exclusion est fondée sur une aptitude ou une qualité exigée de bonne foi pour l'emploi en question. Je conclus qu'elle ne l'est pas. À la partie IV des présents motifs, je fais un examen du second volet de l'art. 20 afin de déterminer si l'intimée peut invoquer l'exception selon laquelle une exclusion peut se justifier par le caractère politique d'une institution sans but lucratif. Là encore, je conclus que l'exception prévue par la loi ne vient pas sauvegarder la politique discriminatoire en matière d'embauchage.

II The Right to Non-Discrimination in Employment

At the time of the respondent's motion for declaratory judgment, s. 10 of the *Charter* provided as follows:

10. Every person has a right to full and equal recognition and exercise of his human rights and freedoms, without distinction, exclusion or preference based on race, colour, sex, sexual orientation, civil status, religion, political convictions, language, ethnic or national origin, social conditions or the fact that he is a handicapped person or that he uses any means to palliate his handicap.

Discrimination exists where such a distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing such right.

The appellant contends that the respondent's hiring policy constitutes an exclusion of certain candidates for employment based on their civil status. According to this argument, the exclusion has the effect of nullifying or impairing these candidates' right to full and equal recognition and exercise of the right to be free from discrimination in employment. Section 16, unchanged since the adoption of the *Charter*, directs as follows:

16. No one may practise discrimination in respect of the hiring, apprenticeship, duration of the probationary period, vocational training, promotion, transfer, displacement, laying-off, suspension, dismissal or conditions of employment of a person or in the establishment of categories or classes of employment.

The respondent's answer is two-fold. First, the respondent contends that the meaning of the expression "civil status" in s. 10 of the *Charter* is not wide enough to encompass the relationship between Line Laurin and her mother. The respondent argues that "civil status" in s. 10 refers to the status of the complainant without reference to other persons. In the alternative, the respondent argues that even if "civil status" does include filiation, fraternity and sorority, and marital status in a relative sense, the exclusion practised by the town is not based on civil status alone but rather in combination with another factor, namely the position occupied by Line Laurin's mother with the town.

II Le droit à la non-discrimination dans l'embauchage

Au moment où l'intimée a présenté sa requête pour jugement déclaratoire, l'art. 10 de la *Charte* disposait:

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état civil, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale ou le fait qu'elle est une personne handicapée ou qu'elle utilise quelque moyen pour pallier son handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

L'appelante soutient que la politique d'embauchage de l'intimée entraîne l'exclusion de certains postulants en raison de leur état civil. Suivant cet argument, l'exclusion a pour effet de détruire ou de compromettre le droit de ces candidats à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, du droit de ne faire l'objet d'aucune discrimination dans l'embauchage. L'article 16, inchangé depuis l'adoption de la *Charte*, dispose:

16. Nul ne peut exercer de discrimination dans l'embauche, l'apprentissage, la durée de la période de probation, la formation professionnelle, la promotion, la mutation, le déplacement, la mise à pied, la suspension, le renvoi ou les conditions de travail d'une personne ainsi que dans l'établissement de catégories ou de classifications d'emploi.

La réponse de l'intimée comporte deux volets. Elle prétend d'abord que l'expression «état civil» employée à l'art. 10 de la *Charte* n'est pas de portée suffisamment large pour englober la relation entre Line Laurin et sa mère. L'intimée fait valoir en fait que «l'état civil» à l'art. 10 désigne le statut du plaignant indépendamment de toute autre personne. Elle allègue subsidiairement que, même si «l'état civil» comprend la filiation, la fraternité et la «sororité», ainsi que l'état matrimonial dans un sens relatif, l'exclusion pratiquée par la ville n'est pas fondée uniquement sur l'état civil, mais plutôt sur l'état civil et un autre facteur, savoir le fait que la mère de Line Laurin soit une employée de la ville.

Various meanings of the term "civil status" were examined in the courts below. Deslongchamps J. of the Superior Court studied definitions given in the case law and learned commentary before concluding that this term [TRANSLATION] "includes 'family situation resulting from filiation and marriage'" (p. 208). Accordingly, he decided that the hiring policy was in violation of s. 10.

In the Court of Appeal, Paré J.A., with whom Bernier J.A. concurred, decided that he did not have to express an opinion as to the meaning of "civil status" because, irrespective of the precise definition given, the hiring policy was deemed non-discriminatory by s. 20 of the *Charter*. Jacques J.A., dissenting, did examine the meaning of "civil status" in detail, concluding that it refers to [TRANSLATION] "a series of facts which determines an individual's capacity to render himself liable for obligations and which must be recorded in a register" (p. 366). He was of the view that the meaning of the expression used in s. 10 is the same as "civil status" as that term is employed in Title 2 of Book I of the *Civil Code of Lower Canada* entitled "Of Acts of Civil Status", relating to birth, marriage and death.

While at first glance the case law which seeks to define "civil status" under s. 10 appears to suffer from considerable incoherence, it is possible to infer a reasonably widespread use of the *Civil Code's* notion of "civil status" by courts called upon to interpret the same term as it appears in s. 10. In *Commission des droits de la personne v. École de conduite St-Amour Inc.*, [1983] C.P. 16, for example, it was decided that an employer who chose to lay-off an unmarried worker instead of a married man was practising an exclusion or preference based on civil status in violation of s. 10 because the act of marriage is one of the formal acts required by the *Civil Code*. Rightly or wrongly, cohabitation has been held not to be a part of "civil status" under s. 10 because no act of civil status under the *Civil Code* makes reference to cohabitation outside of marriage: *Blanchette v. Cie d'assurance du Canada sur la vie*, [1984] C.S. 1240. I only cite these cases to demonstrate that Quebec courts have looked to the formal acts of

Divers sens donnés à l'expression «état civil» sont examinés par les tribunaux d'instance inférieure. Le juge Deslongchamps de la Cour supérieure étudie des définitions données dans la jurisprudence et dans la doctrine avant d'arriver à la conclusion que ce terme «comprend la «situation de famille telle qu'elle résulte de la filiation et du mariage»» (p. 208). Il juge donc que la politique d'embauchage va à l'encontre de l'art. 10.

En Cour d'appel, le juge Paré, à l'avis duquel le juge Bernier souscrit, décide qu'il n'a pas à exprimer d'opinion sur le sens de l'expression «état civil» parce que, quelle que soit la définition retenue, la politique d'embauchage est réputée non discriminatoire suivant l'art. 20 de la *Charte*. Quant au juge Jacques, dissident, il procède à un examen détaillé du sens de l'expression «état civil», pour ensuite conclure qu'elle désigne «un ensemble de faits qui gouvernent la capacité de tout citoyen de s'obliger dont la constatation dans un registre est obligatoire» (p. 366). À son avis, le sens de l'expression employée à l'art. 10 est le même que celui du concept «état civil» qui est employé au Titre deuxième du Livre premier du *Code civil du Bas-Canada*, intitulé «Des actes de l'état civil», relativement à la naissance, au mariage et au décès.

Quoique la jurisprudence qui tente de définir l'expression «état civil» figurant à l'art. 10 paraisse à première vue très incohérente, on peut déduire que les tribunaux se sont dans une assez large mesure inspirés de la notion d'«état civil» que renferme le *Code civil* pour interpréter la même expression dans le contexte de l'art. 10. Dans l'affaire *Commission des droits de la personne c. École de conduite St-Amour Inc.*, [1983] C.P. 16, par exemple, il est décidé que la mise à pied par un employeur d'un travailleur célibataire plutôt que d'un homme marié constitue une exclusion ou une préférence fondée sur l'état civil contrairement à l'art. 10 parce que l'acte du mariage est l'un des actes solennels requis par le *Code civil*. On a jugé, à tort ou à raison, que l'union de fait n'est pas comprise dans la notion de «l'état civil» au sens de l'art. 10 parce qu'aucun acte de l'état civil visé par le *Code civil* ne fait mention de la cohabitation en dehors des liens du mariage: *Blanchette c. Cie d'assurance du Canada sur la vie*, [1984] C.S.

civil status in the *Civil Code* for an explanation of “civil status” under s. 10 of the *Charter*.

Yet the facts actually recorded in the formal “acts of civil status” of an individual are often insufficient in themselves to explain fully that person’s civil status. Courts appear to have recognized this problem. In *Aronoff v. Hawryluk* (1981), 2 C.H.R.R. D/534, Judge Louis Vaillancourt of the Quebec Provincial Court held that being divorced is a form of “civil status” under s. 10 although this fact is not recorded in any act of civil status. The same may be said of legal separation. Being unmarried is unquestionably included in civil status, yet this results not from a fact recorded in an act of civil status but rather an absence of a marriage certificate. Similarly, being a widow or a widower is a form of civil status even though this status is established by the death certificate of another person. The information recorded in the acts of civil status of an individual do not conclusively account for the whole of that person’s “civil status” for the purposes of s. 10 of the *Charter*. “Civil status” under s. 10 includes a range of facts (and not necessarily recorded facts) relating to the three classical elements of civil status—birth, marriage and death—to which arts. 39 *et seq.* C.C.L.C. refer. These facts are sometimes recorded in a person’s own acts of civil status, sometimes recorded in the acts of another person, and sometimes not recorded in any act at all. Other facts, such as interdiction or emancipation, which do not relate to birth, marriage or death but instead to legal capacity may also be included in civil status under s. 10, although this need not be decided in this case.

For the purposes of evaluating the respondent’s hiring policy, it must be determined whether filiation as well as fraternity and sorority form part of civil status under s. 10. We also must inquire as to whether marital status is included within the ambit of that term. Our focus is not marital status

1240. Si je cite ces causes, c’est à seule fin de démontrer que les tribunaux québécois se sont reportés aux actes de l’état civil prévus au *Code civil* pour expliquer l’expression «état civil» employée à l’art. 10 de la *Charte*.

Pourtant les faits consignés dans les «actes de l’état civil» d’une personne sont souvent insuffisants en soi pour renseigner pleinement sur l’état civil de cette personne. C’est là un problème dont les tribunaux semblent avoir reconnu l’existence. Dans la décision *Aronoff v. Hawryluk* (1981), 2 C.H.R.R. D/534, le juge Louis Vaillancourt de la Cour provinciale du Québec conclut que le fait d’être divorcé est une forme d’«état civil» au sens de l’art. 10, quoique ce fait ne soit consigné dans aucun acte de l’état civil. Il en va de même de la séparation de corps. Le statut de célibataire est incontestablement compris dans l’état civil; cela résulte cependant non pas d’un fait consigné dans un acte de l’état civil, mais plutôt de l’absence de certificat de mariage. De même, le veuvage est une forme d’état civil, bien que cet état soit établi par le certificat de décès d’une autre personne. Les renseignements inscrits dans les actes de l’état civil d’une personne ne représentent pas une description exhaustive de «l’état civil» de cette personne aux fins de l’art. 10 de la *Charte*. «L’état civil» au sens de l’art. 10 englobe tout un éventail de faits (et non pas nécessairement des faits consignés) qui se rapportent aux trois éléments classiques de l’état civil—la naissance, le mariage et le décès—dont traitent les art. 39 et suiv. C.c.B.-C. Ces faits sont parfois consignés dans les actes de l’état civil de l’intéressé lui-même, parfois dans les actes d’une autre personne et parfois ils ne figurent dans aucun acte. D’autres faits, tels que l’interdiction ou l’émancipation, qui se rapportent non pas à la naissance, au mariage ou au décès, mais plutôt à la capacité juridique, peuvent aussi être inclus dans l’état civil au sens de l’art. 10, quoique ce point n’ait pas à être tranché en l’espèce.

Pour pouvoir évaluer la politique de l’intimée en matière d’embauchage, il faut déterminer si la filiation ainsi que la fraternité et la «sororité» font partie de l’état civil au sens de l’art. 10. Il faut en outre se demander si l’état matrimonial relève également de cette expression. Notre enquête n’est

in absolute terms, such as a prohibition against hiring married men, but marital status in relative terms, since the hiring policy excludes candidates married to persons already connected to the town. While this latter issue does not directly affect Line Laurin, it is relevant to the question as to whether or not the hiring policy, which also excludes candidates whose spouses already work full-time for the town or who are on the council, is discriminatory.

Filiation is, to my mind, one of the cardinal elements of the notion of civil status in the *Civil Code* and falls within the scope of "civil status" under s. 10 of the *Charter*. In most cases, filiation can be established by the acts of civil status. Indeed by the joint operation of arts. 54 and 39 *C.C.L.C.*, the identity of a child's father and mother is recorded in the act of birth. Article 572 of the *Civil Code of Quebec*, moreover, directs in part that "[p]aternal and maternal filiation are proved by the act of birth, regardless of the circumstances of the child's birth." In other instances, of course, acts of civil status will not fully account for filiation, but filiation nevertheless remains a fact relating to birth, in some cases to marriage, and sometimes even to death, in keeping with the general parameters of civil status under s. 10 which I have described above. Filiation is plainly part of "civil status" under s. 10 of the *Charter*.

Quebec courts have showed little hesitation in including family relationships in "civil status" under s. 10. *Biscuits Associés du Canada Ltée v. Commission des droits de la personne*, [1981] C.A. 521, is an example. The Commission took action against an employer when an employee was fired because, contrary to company policy, she was related to other employees. While the Court of Appeal held that there was no evidence of discrimination on the facts of the case, Lajoie J.A. made the following observation at p. 524:

pas axée sur l'état matrimonial au sens absolu, comme ce serait le cas s'il y avait interdiction d'embaucher des hommes mariés, mais sur l'état matrimonial au sens relatif, puisque la politique d'embauchage exclut les postulants mariés à des personnes ayant déjà des liens avec la ville. Bien que cette dernière question ne touche pas directement Line Laurin, elle est pertinente relativement à la question de savoir si la politique d'embauchage qui exclut aussi les postulants dont les conjoints travaillent déjà à plein temps pour la ville ou font partie du conseil municipal, revêt un caractère discriminatoire.

La filiation constitue, à mon sens, l'un des éléments fondamentaux de la notion d'état civil que renferme le *Code civil* et relève de l'expression «état civil» employée à l'art. 10 de la *Charte*. Dans la plupart des cas, la filiation peut s'établir par les actes de l'état civil. En fait, par la combinaison des art. 54 et 39 *C.c.B.-C.*, l'identité du père et de la mère d'un enfant est consignée dans l'acte de naissance. De plus, l'art. 572 du *Code civil du Québec* prévoit notamment que «[la] filiation tant paternelle que maternelle se prouve par l'acte de naissance, quelles que soient les circonstances de la naissance de l'enfant.» Dans d'autres cas, bien entendu, les actes de l'état civil n'établiront pas complètement la filiation, mais celle-ci n'en demeure pas moins un fait se rapportant à la naissance, parfois au mariage et même au décès, ce qui est conforme aux paramètres généraux de l'état civil au sens de l'art. 10, que j'ai décrits plus haut. La filiation fait nettement partie de «l'état civil» au sens de l'art. 10 de la *Charte*.

Les tribunaux du Québec n'ont guère hésité à inclure les relations familiales dans «l'état civil» au sens de l'art. 10. L'arrêt *Biscuits Associés du Canada Ltée c. Commission des droits de la personne*, [1981] C.A. 521, en est un exemple. La Commission intente une action contre un employeur à la suite du renvoi d'une employée pour le motif que, contrairement à la politique de la société en question, elle a des liens de parenté avec d'autres employées. La Cour d'appel juge que les faits ne permettent pas de conclure à l'existence de discrimination, toutefois le juge Lajoie fait observer ce qui suit, à la p. 524:

[TRANSLATION] Suffice it to say that after reading this academic commentary and case law I am persuaded that, for the purposes of the case at bar, the relationship of sorority existing at the relevant time between Mrs. Fernande Martel and her sisters Noëlla and Yvette did in fact result from their civil status. Sorority or fraternity—the fact that two or more children have the same father and the same mother—produces under the law (principally under the *Civil Code*) ties which confer rights and create duties. As examples I need only mention the rules relating to succession, representation and support.

A recent decision of the Superior Court confirms this interpretation of the term “civil status”. In *Syndicat national des employés de garage de Québec Inc. (C.S.D.) v. Roy*, [1987] D.L.Q. 409, Moisan J. held that a hiring preference granted to family members of company directors constituted wrongful discrimination founded on civil status (at p. 412):

[TRANSLATION] It is quite clear, and the arbitrators were well aware of this, that paragraphs b and c under the heading “Employees not covered” constitute a preference in favour of members of the family of the three directors of the business; a preference which may affect the transfer, removal or dismissal of the other employees. This preference is based on their civil status as sons or daughters of one or other of the three directors and owners of the business.

There can be no doubt that the status of son or daughter is a part of civil status within the meaning of section 10 of the statute.

Two recent decisions of the Labour Court confirm this view that the bonds created by family relationships are included in “civil status” under s. 10. In *Placements G.P.C. Inc. v. Union des employés de commerce, local 504*, [1987] D.L.Q. 93n, Burns J. decided that the exclusion of spouses and relatives of the company’s principal shareholders from a bargaining unit constituted discrimination based on civil status contrary to s. 10. In *Marché Sabrevois Inc. v. Union des employés de commerce, local 500*, [1987] D.L.Q. 71n, a similar conclusion was reached in respect of an exclusion of the spouse, children and sister-in-law of the company owner from a list of workers prepared for certification purposes.

Il me suffira de dire qu’à l’étude de cette doctrine et de cette jurisprudence, pour les fins du litige dont nous sommes saisis, je suis satisfait que la relation de sœur à sœurs existant au temps pertinent entre madame Fernande Martel et ses sœurs Noëlla et Yvette en était une découlant de l’état civil. De la sororité ou fraternité, du fait que deux ou plusieurs enfants soient issus du même père et de la même mère, résultent d’après la loi, le *Code civil* principalement, des liens qui confèrent des droits et créent des obligations. Je ne donne comme exemple que les règles relatives aux successions, à la représentation, aux obligations alimentaires.

Une décision récente de la Cour supérieure confirme cette interprétation de l’expression «état civil». En effet, dans l’affaire *Syndicat national des employés de garage de Québec Inc. (C.S.D.) c. Roy*, [1987] D.L.Q. 409, le juge Moisan statue qu’une préférence en matière d’embauchage accordée aux membres de la famille des administrateurs de la société constitue de la discrimination illicite fondée sur l’état civil (à la p. 412):

Il est tout à fait clair, et les arbitres en étaient bien conscients, que les paragraphes b et c apparaissant sous le titre «Salariés non assujettis» constitue (*sic*) une préférence en faveur des membres de la famille des trois administrateurs de l’entreprise, préférence qui entraîne la mutation, le déplacement ou la mise à pied, le cas échéant, des autres salariés. Cette préférence est basée sur leur état civil de fils ou fille de l’un ou l’autre des trois administrateurs et propriétaires de l’entreprise.

Il n’est pas douteux que la qualité de fils ou fille tient de l’état civil au sens de l’article 10 de la loi.

Deux décisions récentes du Tribunal du travail confirment cette opinion selon laquelle les liens créés par les relations familiales sont inclus dans «l’état civil» au sens de l’art. 10. Dans l’affaire *Placements G.P.C. Inc. c. Union des employés de commerce, local 504*, [1987] D.L.Q. 93n, le juge Burns décide que le fait d’exclure d’une unité de négociation les conjoints et les parents des principaux actionnaires de la société constitue de la discrimination fondée sur l’état civil contrairement à l’art. 10. Dans *Marché Sabrevois Inc. c. Union des employés de commerce, local 500*, [1987] D.L.Q. 71n, on arrive à une conclusion semblable relativement à l’exclusion de la conjointe, des enfants et de la belle-sœur du propriétaire d’une société d’une liste de travailleurs dressée à des fins d’accréditation.

I am in agreement with the prevailing view in the jurisprudence, explained by Lajoie J.A. in *Biscuits Associés, supra*, which includes family relationships in "civil status". Like filiation, fraternity and sorority fall within the parameters which I have ascribed to civil status under s. 10. In this respect as well, the respondent's hiring policy represents an exclusion of certain candidates based on their "civil status".

More complicated is the question as to the extent to which spousal identity is included in the expression "civil status". Marriage is plainly relevant to civil status. Discrimination can of course be practised on the basis of marital status in absolute terms. What about marital status in relative terms? Is the identity of a person's spouse relevant to discrimination under s. 10?

The respondent argues that a narrow interpretation should be given to "civil status" in this respect. But as I have observed, to understand the civil status of one person one must often refer to the civil status of another. Being a widow or a widower is just one such example. Filiation, fraternity and sorority, of course, are others. It is difficult to imagine a hiring policy which excludes "all sons and daughters" without specifying whose sons and daughters. It is of course possible to discriminate on the basis of marital status in absolute terms (e.g., "no married men as test pilots"), but it is improbable that an individual could be the object of discrimination in employment based on a blood relationship without making reference at the same time to the person to whom he or she is related.

In *Commission des droits de la personne du Québec v. Courtier provincial en alimentation (1971) Inc.* (1982), 3 C.H.R.R. D/1134, the Quebec Superior Court decided that spousal identity is relevant to discrimination founded on civil status. An employee was fired by the defendant company because her husband worked for a competitor. Lemieux J. held that this exclusion

Pour ma part, je souscris au point de vue dominant qui se dégage de la jurisprudence et que le juge Lajoie de la Cour d'appel explique dans l'arrêt *Biscuits Associés*, précité. Ce point de vue porte que les relations familiales font partie de «l'état civil». Comme la filiation, la fraternité et la «sororité» sont comprises dans les paramètres que j'ai fixés à l'état civil au sens de l'art. 10. Donc, à cet égard aussi, la politique d'embauchage de l'intimée représente une exclusion de certains postulants fondée sur leur «état civil».

Une question plus compliquée est celle de savoir dans quelle mesure l'identité du conjoint est subsumée sous l'expression «état civil». Certes, le mariage est pertinent relativement à l'état civil. Il peut y avoir discrimination fondée sur l'état matrimonial au sens absolu. Mais qu'en est-il de l'état matrimonial au sens relatif? L'identité du conjoint d'une personne est-elle pertinente relativement à la discrimination au sens de l'art. 10?

L'intimée soutient que, sous cet aspect, l'expression «état civil» doit recevoir une interprétation stricte. Toutefois, comme je l'ai fait observer, pour saisir l'état civil d'une personne, il faut souvent se référer à celui d'une autre personne. Le veuvage en est un exemple. La filiation ainsi que la fraternité et la «sororité» en sont évidemment d'autres exemples. De fait, on peut difficilement concevoir une politique d'embauchage qui exclut «tous les fils et toutes les filles» sans qu'il soit précisé de qui ils sont les fils et les filles. Bien sûr, il est possible d'exercer une discrimination fondée sur l'état matrimonial au sens absolu (par ex. «aucun homme marié comme pilote d'essai»), mais il est invraisemblable qu'une personne puisse faire l'objet d'une discrimination dans l'embauchage fondée sur l'existence d'un lien de parenté par le sang, sans que soit mentionnée en même temps la personne avec laquelle elle a ce lien de parenté.

Dans l'affaire *Commission des droits de la personne du Québec c. Courtier provincial en alimentation (1971) Inc.* (1982), 3 C.H.R.R. D/1134, la Cour supérieure du Québec décide que l'identité du conjoint est pertinente relativement à la discrimination fondée sur l'état civil. C'est une affaire où une employée a été renvoyée par la société défenderesse parce que son mari travaillait pour un

amounted to discrimination based on civil status contrary to s. 10. After citing doctrinal definitions of the term, Lemieux J. decided in *obiter* at p. D/1135:

[TRANSLATION] But were the rights of the mis en cause impaired for reasons relating to her civil status? The Court must conclude that they were. The alleged situation of conflict in which the mis en cause found herself arose out of her marital relationship with René Robert.

An isolated Quebec decision can be cited in support of the respondent's position. In *Mormina v. Saint-Léonard (Ville de)*, Mtl. Sup. Ct., No. 500-05-007908-856, June 11, 1987 (summarized in J.E. 87-950), the secretary of the mayor was fired after an election in which the secretary's husband was a supporter of one of the mayor's opponents. Bélanger J. of the Superior Court took "civil status" to include only marital status in absolute terms (at p. 16):

[TRANSLATION] In the opinion of this Court the facts mentioned have no bearing upon discrimination as contemplated by the Charter. As to the question of civil status, what is relevant under s. 10 of the Charter is not with whom the plaintiff is married but whether she is married, single, divorced or otherwise.

The issue of the extent to which spousal identity is relevant to discrimination in employment has arisen elsewhere in Canada when courts have been called upon to define the expression "marital status" as it appears in federal human rights legislation and provincial legislation outside of Quebec. MacGuigan J. put the question in the following manner recently in *Cashin v. Canadian Broadcasting Corp.* (1988), 86 N.R. 24 (F.C.A.), at p. 28:

The case was argued on the basis that the applicant was discriminated against, if at all, not because she was married per se, but because she was married to a particular public figure. The ... issue is therefore whether spousal identity is included in the concept of marital status, which was the alleged ground of discrimination in this case.

concurrent et le juge Lemieux a conclu que cette exclusion constitue de la discrimination fondée sur l'état civil contrairement à l'art. 10. Après avoir cité des définitions données à ce terme dans la doctrine, le juge Lemieux exprime, à la p. D/1135, cette opinion incidente:

Mais les droits de la mise-en-cause ont-ils été compromis pour des motifs qui se rattachent à son état civil? Le tribunal doit en arriver à cette conclusion. En effet, la présumée situation conflictuelle de la mise-en-cause existe à cause de sa relation maritale avec René Robert.

Une décision québécoise isolée peut être citée à l'appui de la position de l'intimée. Dans l'affaire *Mormina c. Saint-Léonard (Ville de)*, C.S. Mtl., n° 500-05-007908-856, le 11 juin 1987 (résumé dans J.E. 87-950), la secrétaire du maire est renvoyée à la suite d'une élection où son époux avait appuyé l'un des adversaires du maire. Là, le juge Bélanger de la Cour supérieure considère que l'expression «état civil» ne comprend que l'état matrimonial au sens absolu (à la p. 16):

Cette Cour est d'avis que les faits invoqués n'ont rien à voir avec une discrimination envisagée par la Charte. À l'égard de l'élément état civil, il importe peu, au sens de l'article 10 de la Charte, avec qui la demanderesse était mariée, mais plutôt le fait qu'elle soit mariée, célibataire, divorcée ou autre.

La question de savoir jusqu'à quel point l'identité du conjoint peut être pertinente relativement à la discrimination dans l'embauchage s'est posée ailleurs au Canada lorsque des tribunaux ont été appelés à définir l'expression «état matrimonial» employée dans des lois sur les droits de la personne en vigueur au niveau fédéral ou dans les autres provinces. Dans l'arrêt récent *Cashin c. Société Radio-Canada* (1988), 86 N.R. 24 (C.A.F.), à la p. 28, le juge MacGuigan présente la question dans les termes suivants:

La présente affaire a été débattue en tenant pour acquis que la requérante avait fait l'objet d'un acte discriminatoire, le cas échéant, non pas en raison de son mariage comme tel mais parce qu'elle était mariée à un homme public en particulier. La [...] question qui se pose est donc celle de savoir si l'identité d'un époux est comprise dans le concept d'état matrimonial, le fondement du motif de distinction illicite allégué.

The decision in *Cashin* came on the heels of a series of conflicting decisions by various tribunals charged with the administration of human rights statutes. In *Bosi v. Township of Michipicoten* (1983), 4 C.H.R.R. D/1252, for example, a Board of Inquiry under the former *Ontario Human Rights Code* decided that the township's refusal to hire a woman as an accounts clerk because her husband was already employed with the township as a police officer was not discrimination on the basis of marital status. Chairperson Martin Friedland observed at p. D/1254:

Should ["marital status"] be confined to the marital status of the spouse refused the position, or should it be extended to include a case such as this where the refusal was to hire a person who was married to a particular person? The former is a more natural meaning of the words "marital status" and I note that the 1981 Act [not in force at that time] so defines the words, that is, "the status of being married, single, widowed, divorced or separated and includes the status of living with a person of the opposite sex in a conjugal relationship outside marriage".

Conversely, an Ontario Board of Inquiry decided that marital status can be construed in relative terms in *Mark v. Porcupine General Hospital* (1984), 6 C.H.R.R. D/2538 in which *Bosi* was expressly repudiated. Rosemary Mark was hired as a housekeeper in the hospital's maintenance department in which her husband already worked. She was later dismissed, solely because she was married to Mr. Mark in violation of a policy of not hiring a husband and wife in the same department. Chairperson P. A. Cumming explained "marital status" as follows at p. D/2541:

It seems to me the fact the discrimination arises because of the "marital status" of a complainant with respect to a particular person, rather than simply because of the marital status of the complainant, should not matter . . . [I]f an employer discriminates against a person on the basis of her being married to a particular person, even though he does not discriminate against married persons generally, the particular aggrieved

La décision *Cashin* fait suite à une série de décisions contradictoires rendues par divers tribunaux chargés de l'application de lois en matière de droits de la personne. Dans l'affaire *Bosi v. Township of Michipicoten* (1983), 4 C.H.R.R. D/1252, par exemple, une commission d'enquête constituée en vertu de l'ancien *Ontario Human Rights Code* décide que le refus du canton d'engager une femme comme commis comptable parce que son mari est déjà employé par le canton en qualité de policier ne constitue pas de la discrimination fondée sur l'état matrimonial. Martin Friedland, qui préside, fait observer, à la p. D/1254:

[TRADUCTION] Devrait-elle [l'expression «état matrimonial»] être confinée à l'état matrimonial du conjoint à qui un poste est refusé, ou son application devrait-elle être étendue aux espèces comme la présente affaire, dans laquelle on a refusé d'engager une personne parce qu'elle était mariée à une personne en particulier? Le premier sens est plus naturel à l'expression «état matrimonial» et la Loi de 1981 [qui n'était pas en vigueur à cette époque] donne une telle définition à ces termes, stipulant que cette expression désigne «le fait d'être marié, célibataire, veuf, divorcé ou séparé [. . . y compris] le fait de vivre avec une personne du sexe opposé dans une union conjugale hors des liens du mariage».

En revanche, dans la décision *Mark v. Porcupine General Hospital* (1984), 6 C.H.R.R. D/2538, où la décision *Bosi* est expressément désavouée, une commission d'enquête ontarienne juge que l'état matrimonial peut être interprété d'une manière relative. Rosemary Mark a été engagée comme femme de ménage au service d'entretien de l'hôpital, service où son mari travaille déjà. Elle est par la suite renvoyée uniquement parce qu'elle est l'épouse de M. Mark, ce qui va à l'encontre d'une politique interdisant que mari et femme travaillent au même service. Le président P. A. Cumming donne, à la p. D/2541, cette explication de l'expression «état matrimonial»:

[TRADUCTION] Il me semble que le fait que la discrimination envisagée soit fondée sur l'«état matrimonial» d'un plaignant en considération de son mariage avec une personne particulière plutôt que sur le seul état matrimonial de ce plaignant ne devrait pas entrer en ligne de compte [. . . Si] un employeur pratique la discrimination à l'égard d'une personne parce que celle-ci est mariée à une personne particulière, la personne particulière qu'il

person would, in my opinion, be unlawfully discriminated against. The “marital status” (that is, the status of “being married”) of the complainant is an essential element, or proximate operative cause, of the refusal of employment. If the complainant in *Bossi* [sic] had not been married to, but simply known the police officer as a casual acquaintance in that case, she would not have been rejected because of her “marital status”. If the Board’s reasoning in *Bossi* [sic] was that, in essence, the complainant was rejected because of a perceived conflict of interest, the fact remains the perceived conflict of interest only arose because of her “marital status.” In my opinion, *Bossi* [sic] was wrongly decided on this point. [Emphasis added.]

In *Cashin*, *supra*, a married woman complained that she had been the object of wrongful discrimination based on “marital status” when the C.B.C. fired her because her husband was a notable public figure. The Review Tribunal formed under the *Canadian Human Rights Act* adopted a wide construction of the term “marital status”:

The policy underlying a prohibition of marital status discrimination should be considered in light of the objectives of the *C.H.R.A.* to prevent employers from treating people differently because of characteristics specified in the Act and to require employers to consider people on the basis of their individual merits. The policy is clearly violated when a person is denied an equal opportunity because he or she is married. It is equally repugnant whether the employer discriminates against married people as a class or because of the person to whom he or she is married. If the marital status is the proximate cause then it is right that the employer bear the burden of justifying its actions.

((1987), 8 C.H.R.R. D/3699, at p. D/3703.)

Sitting in appeal from this decision, the Federal Court of Appeal examined *Bosi* and *Mark* before arriving at what MacGuigan J. called an “intermediate” interpretation of “marital status”. He began by noting, at p. 30, that:

Marital status normally does mean no more than status in the sense of “married or not married” and is not

a lésée est, à mon avis, victime d’une discrimination illégale même s’il ne se rend pas coupable de discrimination contre les personnes mariées en général. L’«état matrimonial» (c’est-à-dire le fait d’«être marié») de la personne qui porte plainte est un élément essentiel, ou une cause efficiente immédiate, du refus de l’engager. Si la plaignante dans l’affaire *Bosi* n’avait pas été mariée au policier en question mais l’avait simplement compté parmi ses connaissances, elle n’aurait pas été rejetée en raison de son «état matrimonial». Si le raisonnement tenu par la commission dans l’affaire *Bosi* était que, essentiellement, la plaignante avait été rejetée en raison de ce que l’on avait jugé être un conflit d’intérêts, il demeure que la question de ce conflit d’intérêts n’a été soulevée qu’en raison de son «état matrimonial». À mon avis, la décision rendue dans l’affaire *Bosi* sur ce point est entachée d’erreur. [Je souligne.]

Dans l’affaire *Cashin*, précitée, une femme mariée se plaint d’être victime de discrimination illicite fondée sur l’«état matrimonial», après que Radio-Canada l’eut renvoyée parce que son mari était une personnalité publique. Le tribunal d’appel constitué en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* adopte une interprétation large de l’expression «état matrimonial»:

En conséquence, le principe qui sous-tend l’interdiction de la discrimination fondée sur la situation matrimoniale doit être envisagé à la lumière des objectifs de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*: que les employeurs ne traitent pas les gens différemment pour les raisons précisées dans la *Loi* et qu’ils les jugent en fonction de leurs mérites propres. Ce principe est sans contredit violé lorsque des chances égales sont refusées à une personne parce qu’elle est mariée. Il [...] est aussi révoltant qu’un employeur exerce une discrimination contre les gens mariés en tant que catégorie que contre une personne en particulier en raison de l’identité de son conjoint. Si la situation matrimoniale est la cause directe, il est donc normal que ce soit à l’employeur de justifier ses actes.

((1987), 8 C.H.R.R. D/3699, à la p. D/3703.)

La Cour d’appel fédérale, qui entend l’appel de cette décision, examine les décisions *Bosi* et *Mark* pour ensuite adopter ce que le juge MacGuigan qualifie de moyen terme dans l’interprétation de l’expression «état matrimonial». Il commence par faire remarquer, à la p. 30, que:

Normalement, l’expression état matrimonial ne désigne rien d’autre que le fait d’être [TRADUCTION] «marié ou

considered to include the identity and characteristics of the spouse.

Next, after stressing the importance of the overall policy objectives of the Act to the interpretation of its terms, MacGuigan J. decided at pp. 31-32:

In fine, what the Act discourages is discrimination against an individual, not in his/her individuality, but as a group cypher, identified by a group characteristic. Consequently, the identity of a particular spouse cannot be included in the notion of marital status because it is a purely individual rather than a group aspect of life. However, it seems to me that a general no-spouse employment rule, precisely because in its generality it may have the effect of imposing a general or group category, may well fall under marital status. As in *Mark* or the American cases it follows, it is not a particular spouse that is brought into question, but any spouse of any existing employee. The approach I adopt might perhaps be thought of as an intermediate position between a broad and a narrow one.

On the strength of this definition, MacGuigan J. concluded that Mrs. Cashin, who he said had lost her job as a result of a general policy of the C.B.C. and not only because of the particular person to whom she was married, had been the object of wrongful discrimination based on civil status.

It is sufficient, for the purposes of the case at bar, to limit the meaning of civil status to an exclusion practised against an individual "identified by a group characteristic" to use the expression employed by MacGuigan J. The exclusion established by the respondent's hiring policy can be said to create such a group characteristic: all immediate relatives, including spouses, of full-time employees and town councillors are excluded from consideration. To paraphrase MacGuigan J. for the purposes of the case at bar, a general no-relative, no-spouse employment rule, precisely because in its generality it may have the effect of imposing a general or group category, does fall into civil status. It is not necessary in this instance to decide whether the identity of a particular spouse is

non marié», elle n'est pas considérée comme englobant l'identité et les caractéristiques du conjoint.

Puis, après avoir souligné l'importance que revêtent les objectifs globaux de la Loi dans l'interprétation de ses dispositions, le juge MacGuigan décide, aux pp. 31 et 32:

En fin de compte, ce que la Loi vise à décourager, c'est la distinction dirigée contre une personne individuelle non pas en raison de son individualité, mais parce qu'elle constitue un spécimen d'un groupe identifié par une caractéristique donnée. En conséquence, l'identité d'un conjoint particulier ne peut être comprise dans la notion d'état matrimonial parce que cette identité est purement individuelle et n'a pas trait à un aspect de la vie partagé par un groupe. Il me semble toutefois qu'une règle générale proscrivant l'embauchage des conjoints des employés peut très bien relever de l'état matrimonial précisément parce qu'étant donné son caractère général, elle peut imposer une catégorie générale ou une catégorie relative à un groupe. Comme dans l'affaire *Mark* ou dans les décisions américaines qui s'y trouvent suivies, ce n'est pas un conjoint particulier qui est visé mais tout conjoint de toute personne alors employée. Le point de vue que j'adopte se situerait peut-être entre l'interprétation large et l'interprétation étroite susmentionnées.

Se fondant sur cette définition, le juge MacGuigan conclut que M^{me} Cashin qui, dit-il, a perdu son emploi par suite d'une politique générale suivie par Radio-Canada et non pas uniquement à cause de la personne particulière à laquelle elle est mariée, a été victime de discrimination illicite fondée sur l'état civil.

Il suffit, aux fins de la présente instance, de limiter le sens de l'expression «état civil» à l'exclusion d'un individu «identifié par une caractéristique» de groupe, pour reprendre les termes utilisés par le juge MacGuigan. On peut dire que l'exclusion établie par la politique d'embauchage de l'intimée crée une telle caractéristique de groupe, car toutes les demandes d'emploi des parents immédiats, y compris les conjoints, des employés à plein temps et des conseillers municipaux ne seront pas prises en considération. Adaptant à la situation qui se présente en l'espèce les propos du juge MacGuigan, on peut affirmer qu'une règle générale proscrivant l'embauchage des parents et des conjoints des employés relève effectivement de l'état civil précisément parce qu'en raison de son caractère

included in the notion of marital or civil status and I refrain from so doing. I am inclined, however, to think that in some circumstances the identity of a particular spouse might be included in marital or civil status. Sometimes an employer may exclude an individual because of the identity of his or her spouse without acting on an explicit no-spouse rule, leaving the court with the sometimes difficult and not always useful task of inferring a "group category". A no-spouse rule may be applied unevenly by the employer and thereby lose its generality. In *Cashin*, for example, Mahoney J. remarked that the C.B.C. tolerated the fact that certain employees did have high profile political spouses. Furthermore, an employer may exclude a candidate for employment because of the employer's particular animosity for the spouse of the candidate. Thus the candidate is excluded because of the particular identity of his or her spouse and for no other reason. This might well be discrimination based on marital or civil status but I repeat that it is not necessary to decide this question to dispose of this appeal.

As I noted earlier, the respondent offered an alternative argument in its factum suggesting that the hiring policy does not constitute discrimination based on civil status:

[TRANSLATION] Had it not been for the mother's permanent position with the town, the candidacy of the mis en cause would have been considered, and yet she would have had the same civil status. The exclusion is therefore not, in truth, based on civil status as such.

Put another way, this argument can be said to focus on the operative cause of the exclusion of Line Laurin. The civil status of Line Laurin was not the sole cause of her exclusion, according to this line of reasoning. It is the combination of two factors—Line Laurin's civil status and the position

général, elle peut avoir pour effet d'imposer une catégorie générale ou une catégorie relative à un groupe. Il n'est pas nécessaire de décider en l'occurrence si l'identité d'un conjoint particulier est incluse dans la notion d'état matrimonial ou d'état civil et je m'abstiens de le faire. Je suis néanmoins porté à croire que dans certaines circonstances l'identité d'un conjoint particulier pourrait être comprise dans l'état matrimonial ou civil. Or, il arrive parfois que l'employeur exclue une personne en raison de l'identité de son conjoint sans pour autant appliquer une règle explicite interdisant l'embauchage des conjoints. Le tribunal se trouve alors chargé de la tâche parfois difficile et non toujours utile d'avoir à déduire l'existence d'une «catégorie relative à un groupe». De plus, une règle destinée à empêcher l'embauchage de conjoints peut être appliquée d'une manière inégale par l'employeur et perdre ainsi son caractère général. Dans l'affaire *Cashin*, par exemple, le juge Mahoney fait remarquer que Radio-Canada tolérait que certains employés aient des conjoints qui étaient des personnalités politiques très en vue. Il se peut en outre qu'un employeur exclue un candidat à un poste en raison de l'animosité particulière qu'il a pour le conjoint de ce candidat. L'exclusion de ce dernier repose alors sur l'identité de son conjoint et rien d'autre. Cela pourrait bien constituer de la discrimination fondée sur l'état matrimonial ou civil mais, je le répète, il n'est pas nécessaire de trancher cette question en l'espèce.

Comme je l'ai fait remarquer précédemment, l'intimée avance dans son mémoire un argument subsidiaire suivant lequel la politique d'embauchage ne constitue pas de la discrimination fondée sur l'état civil:

N'eût été des fonctions permanentes occupées à la Ville par sa mère, la candidature de la mise-en-cause aurait été considérée et, pourtant, elle aurait eu le même état civil. L'exclusion n'est donc pas vraiment fondée sur l'état civil comme tel.

En d'autres termes, on peut dire que cet argument est axé sur la cause efficiente de l'exclusion de Line Laurin. Suivant ce raisonnement, l'état civil de celle-ci n'en est pas l'unique cause. Deux facteurs jouent dans l'exclusion—l'état civil de Line Laurin et le poste occupé par sa mère. Comme ce

held by her mother—that resulted in the exclusion. Since civil status taken alone did not cause the exclusion, it cannot be said to be the grounds for discrimination.

In my view, there is no merit in this argument. While in some circumstances the mother-daughter relationship can be viewed separately from the position occupied by the mother, for the purposes of determining the cause of Line Laurin's exclusion these two factors operate together to form a single, indivisible cause. It is the civil status of Line Laurin, an appreciation of which requires an examination of the situation of her mother, which is the cause of her exclusion.

What I have observed to be the ambit of "civil status" under s. 10 represents a partial answer to this submission. As I have said, in many instances the civil status of one person cannot be described without reference to the situation of another. Line Laurin is not excluded because she is a daughter, but because she is the daughter of her mother. One cannot dissociate the civil status of the daughter from the situation of the mother.

Thus, the definition of civil status itself requires an examination of the situation of Line Laurin's mother in the case at bar. Can one dissociate the position from the person who holds the position? Even the respondent is unable to do so in its formulation of this submission: [TRANSLATION] "Had it not been for the mother's permanent position with the town . . ." (emphasis added). The respondent does not exclude candidates on the sole basis of positions held but on the basis of positions held by immediate relatives of candidates. Line Laurin would have been considered for employment if, for example, an intimate friend rather than her mother had worked at the police station. It is impossible to separate, for the purposes of determining the cause of the exclusion, the position held by the mother from the mother-daughter relationship as such. Just as marital status was the cause for the dismissal of a housekeeper who lost her job at a hospital because her husband worked in the same department in *Mark, supra*, civil status alone is the cause for Line Laurin's exclusion in the case at bar.

n'est pas l'état civil en soi qui cause l'exclusion, on ne saurait affirmer qu'il y a eu discrimination fondée sur l'état civil.

^a À mon avis, cet argument est sans fondement. Certes la relation de mère-fille et le poste occupé par la mère sont des facteurs qui peuvent être dissociés dans certaines circonstances, mais pour ^b ce qui est de déterminer la cause de l'exclusion de Line Laurin, ils jouent ensemble de manière à former une cause unique et indivisible. C'est l'état civil de Line Laurin, dont l'appréciation nécessite l'examen de la situation de sa mère, qui est à ^c l'origine de son exclusion.

Ce que j'ai fait observer concernant la portée de l'expression «état civil» employée à l'art. 10 constitue une réponse partielle à cet argument. Comme ^d je l'ai déjà affirmé, dans bien des cas l'état civil d'une personne ne peut être décrit que par rapport à la situation d'une autre personne. En l'espèce, Line Laurin est exclue non pas parce qu'elle est la fille de quelqu'un, mais parce qu'elle est la fille de ^e sa mère. L'état civil de la fille est indissociable de la situation de sa mère.

Donc, pour définir l'état civil lui-même, il faut procéder à un examen de la situation de la mère de ^f Line Laurin dans la présente affaire. Peut-on dissocier le poste occupé de la personne qui l'occupe? Même l'intimée ne peut le faire en formulant son argument à ce propos, car elle dit: «N'eût été des fonctions permanentes occupées à la Ville par sa ^g mère . . .» (Je souligne.) L'intimée n'exclut pas les candidats uniquement à cause de postes occupés, mais plutôt en raison de postes occupés par des parents immédiats de candidats. La candidature de ^h Line Laurin aurait été considérée si, par exemple, c'eût été un ami intime et non pas sa mère qui travaillait au service de police. Il est impossible, aux fins de déterminer la cause de l'exclusion, de dissocier le poste de la mère d'avec la relation de ⁱ mère-fille comme telle. Tout comme dans l'affaire *Mark*, précitée, l'état matrimonial est la cause du renvoi dans le cas d'une femme de ménage qui perd son emploi dans un hôpital parce que son mari travaille au sein du même service, c'est l'état civil seulement qui est à l'origine de l'exclusion de ^j Line Laurin en l'espèce.

This conclusion is plain when one considers the inverse of the town's hiring policy. If an employer chose to hire only relatives of current employees, could a candidate who is not so related complain that he or she has been the object of wrongful discrimination on the basis of civil status? My view is that such a complaint would, *prima facie*, be well-founded.

Indeed it was so decided in *Syndicat national des employés de garage de Québec Inc. (C.S.D.)*, *supra*, and again recently by the Commission in *Décision C.D.P.—18*, [1987] D.L.Q. 155. In the latter case, a collective agreement granted a preference to employees' children for summer employment with Domtar. The Commission concluded as follows, at p. 156:

[TRANSLATION] ... the clause ... of the collective agreement which binds the employer and its union is discriminatory since it breaches the principle of equality imposed by the Charter by creating a distinction, exclusion or preference based on civil status (family relationships).

Counsel for the respondent cites *Johnson v. Commission des affaires sociales*, [1984] C.A. 61, and *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183, in support of his argument. An analogy is drawn between the sex/pregnancy distinction invoked to justify the disqualification of pregnant women from unemployment benefits in *Bliss* and the civil status/position-of-the-mother distinction argued for here. For present purposes I note simply that the improbable distinction in *Bliss* between discrimination based on sex and discrimination based on pregnancy has been called into question and, even if it were to stand, the case might not be decided in the same manner today given this Court's recent recognition of adverse effect discrimination in *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536. I certainly do not consider *Bliss* as governing authority for the case at bar, especially given that it is cited by analogy.

Cette conclusion saute aux yeux si l'on considère l'inverse de la politique de la ville en matière d'embauchage. Si un employeur choisissait de n'engager que les parents de ses employés actuels, un candidat n'ayant pas de lien de parenté pourrait-il se plaindre d'avoir été victime de discrimination illicite fondée sur l'état civil? À mon avis, une telle plainte serait *prima facie* bien fondée.

En fait, c'est ce qui a été décidé dans l'affaire *Syndicat national des employés de garage de Québec Inc. (C.S.D.)*, précitée, et récemment encore par la Commission dans la *Décision C.D.P.—18*, [1987] D.L.Q. 155. Dans cette dernière affaire, une convention collective privilégie les enfants des employés en ce qui concernait les emplois d'été chez Domtar. La Commission tire la conclusion suivante, à la p. 156:

... l'article [...] de la convention collective, liant l'employeur et son syndicat, est discriminatoire, puisqu'il rompt le principe d'égalité décrété par la charte en créant une distinction, exclusion ou préférence fondée sur l'état civil (liens de parenté).

À l'appui de son argument, l'avocat de l'intimée cite les arrêts *Johnson c. Commission des affaires sociales*, [1984] C.A. 61, et *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183. On rapproche la distinction entre le sexe et la grossesse invoquée pour justifier l'inadmissibilité de femmes enceintes aux prestations d'assurance-chômage dans l'affaire *Bliss*, de la distinction entre l'état civil et le poste occupé par la mère, soulevée en l'espèce. Aux fins de la présente analyse, je fais simplement remarquer que la distinction discutée, pour dire le moins, qui a été faite dans l'affaire *Bliss* entre la discrimination fondée sur le sexe et celle fondée sur la grossesse a été mise en doute et que, même si elle pouvait être maintenue, l'affaire ne serait peut-être pas tranchée de la même manière aujourd'hui étant donné que dans son arrêt récent *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, cette Cour a reconnu l'existence de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. À mon avis, l'arrêt *Bliss* ne fait sûrement pas autorité en l'espèce, d'autant plus qu'on le cite à titre analogique.

In *Johnson*, a married woman alleged that she had been the victim of wrongful discrimination based on civil status when social aid benefits were refused to her family because her husband was on strike, as provided by s. 8 of the former *Social Aid Act*, S.Q. 1969, c. 63. Bisson J.A., as he then was, ruled that s. 8 did not violate s. 10 of the *Charter* (at p. 69):

[TRANSLATION] However, if appellant has been refused social aid, this refusal is not due to her civil status as a married woman but due to her husband's situation at the time the application for social aid was made.

With respect, therefore, it cannot be said that appellant was refused social aid as a consequence of her civil status.

This decision appears to contradict the interpretation I have placed on the term "civil status" on the strength of *Biscuits Associés, Mark and Cashin*. Yet *Johnson* may be, in my view, distinguished because of the particular statutory language of the *Social Aid Act* at issue in that case. Section 8 directed that social aid could not be granted "to a family where an adult has lost his employment [in consequence of a stoppage of work attributable to a labour dispute]" (emphasis added). It is the family, a defined term under s. 1(b) of the Act, and not the married woman, which was the object of the exclusion attacked in *Johnson*.

My conclusion is that the respondent's hiring policy does represent an exclusion based on the civil status of persons applying for employment with the town. The exclusion is based on filiation, on fraternity and sorority, and on marital status viewed in the manner described above which, as I have observed, are all included in the "civil status" of candidates protected by s. 10 of the *Charter*. This is true both generally as well as in the particular case of Line Laurin. Furthermore, the candidates' civil status is the operative cause of their exclusion.

Such an exclusion will only constitute discrimination under s. 10 if, pursuant to the second paragraph of that provision, the exclusion has the

Dans l'affaire *Johnson*, une femme mariée alléguait avoir été victime de discrimination illicite fondée sur l'état civil lorsque, en conformité avec l'art. 8 de l'ancienne *Loi de l'aide sociale*, L.Q. 1969, chap. 63, des prestations d'aide sociale avaient été refusées à sa famille parce que son mari faisait la grève. Le juge Bisson, alors juge puîné de la Cour d'appel du Québec, statue que l'art. 8 ne va pas à l'encontre de l'art. 10 de la *Charte* (à la p. 69):

Mais si l'appelante s'est trouvée privée de l'aide sociale, ce n'est pas en raison de son état civil de femme mariée mais plutôt en raison de la situation dans laquelle se trouvait son mari au moment de la demande d'aide sociale.

Avec égard, on ne peut donc dire que, si l'appelante s'est vue privée de l'aide sociale, ce fut en raison de son état civil.

Cette décision paraît contredire l'interprétation que j'ai donnée à l'expression «état civil» en me fondant sur les décisions *Biscuits Associés, Mark et Cashin*. J'estime toutefois qu'une distinction peut être faite d'avec l'affaire *Johnson* en raison des termes particuliers de la *Loi de l'aide sociale* qui y étaient en cause. L'article 8 prévoyait en effet que l'aide sociale ne pouvait pas être accordée «à une famille dont un adulte a perdu son emploi [du fait d'un arrêt de travail dû à un conflit collectif]» (je souligne). C'était la famille, un terme défini à l'al. 1b) de la Loi, et non pas la femme mariée, qui faisait l'objet de l'exclusion attaquée dans l'affaire *Johnson*.

Je conclus que la politique d'embauchage de l'intimée représente effectivement une exclusion fondée sur l'état civil de personnes postulant des emplois auprès de la ville. Il s'agit d'une exclusion fondée sur la filiation, la fraternité et la «sororité» ainsi que l'état matrimonial perçus de la manière décrite plus haut, lesquels, comme je l'ai déjà dit, sont tous inclus dans «l'état civil» des candidats pour les fins de l'art. 10 de la *Charte*. Cela vaut tant d'une manière générale que dans le cas particulier de Line Laurin. De plus, l'état civil des candidats est la cause efficiente de leur exclusion.

Pareille exclusion ne constituera de la discrimination au sens de l'art. 10 que si, comme le prévoit le deuxième alinéa de cette disposition, l'exclusion

effect of nullifying or impairing the candidates' right to full and equal recognition and exercise of their human rights and freedoms. Line Laurin and other candidates excluded by the hiring policy plainly do not enjoy full and equal recognition and exercise of their right to non-discrimination in employment established by s. 16. The respondent's hiring practice is therefore discriminatory under s. 10. Is it justified by one of the exceptions provided for in s. 20 of the *Charter*? This will be considered in Parts III and IV of these reasons.

III Aptitudes or Qualifications Required in Good Faith for an Employment

Section 20 of the *Charter* deems non-discriminatory certain distinctions, exclusions or preferences which would otherwise constitute discrimination under s. 10. At the time of the respondent's motion for declaratory judgment, s. 20 provided as follows:

20. A distinction, exclusion or preference based on the aptitudes or qualifications required in good faith for an employment, or justified by the charitable, philanthropic, religious, political or educational nature of a non-profit institution or of an institution devoted exclusively to the well-being of an ethnic group, is deemed non-discriminatory.

Section 20 provides for two separate statutory exceptions to the anti-discrimination norm. The first branch of s. 20 is similar to the so-called "*bona fide* occupational qualification" exceptions found in other Canadian human rights statutes. The relevant portion of s. 20 read as follows at the time of the dispute:

20. A distinction, exclusion or preference based on the aptitudes or qualifications required in good faith for an employment . . . is deemed non-discriminatory.

Both the trial judge and Jacques J.A. of the Court of Appeal addressed the respondent's argument that the hiring policy is justified by the first branch of s. 20. Deslongchamps J. of the Superior Court did not accept the respondent's argument. He briefly alluded to the first branch of the exception in the following terms (at p. 208):

a pour effet de détruire ou de compromettre le droit des candidats à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne. Il est clair que Line Laurin et les autres candidats exclus en raison de la politique d'embauchage ne jouissent pas de la reconnaissance et de l'exercice, en pleine égalité, du droit à la non-discrimination dans l'embauchage, prévu par l'art. 16. Il s'ensuit que la pratique de l'intimée en matière d'embauchage est discriminatoire au sens de l'art. 10. Mais cette pratique est-elle justifiée par l'une des exceptions établies à l'art. 20 de la *Charte*? Voilà une question qui sera abordée dans les parties III et IV des présents motifs.

III Aptitudes ou qualités exigées de bonne foi pour un emploi

Aux termes de l'art. 20 de la *Charte*, sont réputées non discriminatoires certaines distinctions, exclusions ou préférences qui constitueraient autrement une discrimination visée par l'art. 10. Au moment où l'intimée a présenté sa requête pour jugement déclaratoire, l'art. 20 disposait:

20. Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités exigées de bonne foi pour un emploi, ou justifiée par le caractère charitable, philanthropique (*sic*), religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique est réputée non discriminatoire.

L'article 20 prévoit deux exceptions distinctes à la norme antidiscrimination. Le premier volet de l'art. 20 ressemble à ce qu'on est convenu d'appeler les exceptions fondées sur des «exigences professionnelles réelles», que l'on trouve dans d'autres lois canadiennes traitant de droits de la personne. Au moment du litige, la partie pertinente de l'art. 20 était ainsi conçue:

20. Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités exigées de bonne foi pour un emploi [. . .] est réputée non discriminatoire.

Le juge de première instance et le juge Jacques de la Cour d'appel se penchent tous les deux sur l'argument de l'intimée portant que la politique d'embauchage est justifiée par le premier volet de l'art. 20. Le juge Deslongchamps de la Cour supérieure ne retient pas cet argument. Dans une brève mention du premier volet de l'exception, il dit (à la p. 208):

[TRANSLATION] The Court considers that the distinction, exclusion or preference based on the aptitudes or qualifications required in good faith for an employment, pursuant to s. 20, relates to professional and technical competence. Any other interpretation would amount to allowing indirectly what is directly prohibited by s. 10 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*.

Accordingly, the Court finds that the employment policy as applied by plaintiff, and in particular as applied to respondent Line Laurin, is discriminatory under the *Charter of Human Rights and Freedoms* having regard to the civil status of applicants for employment.

The majority opinion in the Court of Appeal is based on the second branch of s. 20. Paré J.A. noted the use of the first branch of s. 20 by the trial judge and by Jacques J.A. without expressing an opinion as to whether the respondent's argument was well-founded in this respect.

Jacques J.A. devoted much of his dissenting opinion to the first branch of s. 20, concluding that the exception did not justify the discriminatory hiring policy. With respect, I disagree with his suggestion that the first and second branches of s. 20 are connected. Referring to the meaning of "aptitudes or qualifications" as that expression appears in the first branch, he noted (at p. 367):

[TRANSLATION] Moreover, s. 20 itself, when it refers to the "charitable, philanthropic, religious, political or educational" nature of institutions and to "ethnic groups", considerably extends the meaning of the words "aptitudes or qualifications".

The first and second branches of s. 20 represent distinct exceptions to the anti-discrimination norm founded on differing legislative objectives. It is wrong, in my view, to suggest that there is a connection between them, even for the purposes of interpreting their respective terms. As we shall see, the two exceptions are deserving of different methods of statutory interpretation because of these different legislative objectives.

This said, Jacques J.A.'s comments relating to the first branch of s. 20 are most useful. He

Le Tribunal est d'avis que la distinction, l'exclusion ou la préférence fondée sur les aptitudes ou qualités exigées de bonne foi pour un emploi, dont parle l'article 20, se rapporte à la compétence professionnelle et technique. Toute interprétation contraire équivaudrait à permettre indirectement ce qui est prohibé directement par l'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne.

En conséquence, le Tribunal en vient à la conclusion que la politique d'emploi, telle qu'exercée par la demanderesse et, plus particulièrement auprès de l'intimée, Line Laurin, eu égard à l'état civil des postulants d'emploi, est discriminatoire aux termes de la Charte des droits et libertés de la personne.

L'opinion de la majorité en Cour d'appel repose sur le second volet de l'art. 20. Le juge Paré constate que le juge de première instance et le juge Jacques ont recours au premier volet de l'art. 20, mais il s'abstient d'exprimer une opinion sur la question de savoir si l'argument de l'intimée est bien fondé à cet égard.

Le juge Jacques, qui consacre une bonne partie de son opinion dissidente au premier volet de l'art. 20, conclut que l'exception ne justifiait pas la politique discriminatoire en matière d'embauche. Avec égards, je ne suis pas d'accord avec lui lorsqu'il laisse entendre qu'il y a connexité entre les premier et second volets de l'art. 20. Parlant du sens de l'expression «aptitudes ou qualités» employée au premier volet, il fait remarquer (à la p. 367):

D'ailleurs, l'article 20 lui-même, lorsqu'il réfère au caractère «charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif» d'institutions et à des «groupes ethniques», donne une extension considérable aux mots «aptitudes ou qualités».

Les premier et second volets de l'art. 20 représentent des exceptions distinctes à la norme anti-discrimination fondées sur des objectifs législatifs différents. Selon moi, on a tort de les prétendre connexes, même aux fins de l'interprétation de leurs termes respectifs. Comme nous allons le voir, ces objectifs législatifs différents font que les deux exceptions méritent l'emploi de méthodes d'interprétation différentes.

Cela dit, les observations du juge Jacques concernant le premier volet de l'art. 20 se révèlent fort

endeavoured first to define “aptitudes” and “qualifications” in employment. The term “aptitudes”, for Jacques J.A., designates [TRANSLATION] “natural or acquired abilities for performing a task” while “qualifications” implies a wider though connected concept relating to [TRANSLATION] “mental and intellectual attributes required by the employment”. He continued (at p. 367):

[TRANSLATION] In addition, these two words further signify the legal capacity or juridical condition of a person. This is one of the meanings the dictionaries give them.

Accordingly, civil status, which defines a person and which indicates his capacity to render himself liable for obligation, is included in the “aptitudes or qualifications” of a person, especially where employment is concerned.

Jacques J.A. turned to a consideration of whether the exclusion based on civil status was, in the circumstances, “required in good faith for an employment” with the respondent. He made two preliminary remarks. First, he observed that the employer in question is a public authority, the administrative structure of which requires [TRANSLATION] “special rules of conduct for the members of the local public service so as to avoid and inhibit any situation that may encourage an abuse of power, such as a conflict of interest or nepotism”. Secondly, he cited the testimony of Mr. Lussier, the respondent’s director of personnel, who stated during the hearing at first instance that there was no administrative connection between the recreation department where Line Laurin applied for employment and the police department in which her mother worked as a typist.

In his explanation of the expression “required in good faith”, Jacques J.A. noted the following (at p. 368):

[TRANSLATION] ... if it appears that the ostensible motive is unreasonable, extravagant or excessive, then the qualification is not “required in good faith” but is merely imposed capriciously, and in such a case the motive is a sham. The evidence need not show an intent to thwart the Charter. Such an intent will be presumed from the fact that the ostensible motive is unreasonable.

utiles. Il tente d’abord de définir les termes «aptitudes» et «qualités» dans leur application aux emplois en général. Pour le juge Jacques, le mot «aptitudes» désigne «des dispositions naturelles ou acquises à accomplir la tâche», tandis que «qualités» implique une notion de portée plus large, quoique connexe, se rapportant à «des attributs mentaux et moraux requis pour l’emploi». Il ajoute (à la p. 367):

Par ailleurs, ces deux mots signifient aussi la capacité ou la condition juridique d’une personne. C’est l’un des sens que les dictionnaires leur donnent.

En conséquence, l’état civil, qui définit une personne et qui qualifie sa capacité de s’obliger, entre donc dans «les aptitudes ou qualités» d’une personne surtout lorsqu’il est question d’emploi.

Le juge Jacques passe ensuite à l’examen de la question de savoir si l’exclusion fondée sur l’état civil était, dans les circonstances, «exigée [...] de bonne foi pour un emploi» auprès de l’intimée. À ce propos, il fait deux observations préliminaires. En premier lieu, il souligne que l’employeur en question est un corps public dont la structure administrative nécessite «des règles particulières de conduite des membres de son administration afin d’éviter et d’empêcher toute situation susceptible de favoriser un détournement de pouvoir, e.g. conflit d’intérêts, le népotisme». En deuxième lieu, il cite le témoignage de M. Lussier, le directeur du personnel de l’intimée, qui a affirmé au cours de l’audience en première instance qu’il n’existe aucun lien administratif entre le service des loisirs auprès duquel Line Laurin a postulé un emploi et le service de la police où sa mère occupe le poste de dactylographe.

Expliquant l’expression «exigées de bonne foi», le juge Jacques fait ressortir les points suivants (à la p. 368):

... s’il apparaît que le motif ostensible est déraisonnable, extravagant ou exorbitant, la qualité n’est pas alors «exigée de bonne foi», mais plutôt par simple caprice, et le motif dans ce cas est fallacieux. Il n’est point besoin que la preuve établie la volonté de mettre en échec la charte. Cette volonté peut alors se présumer du fait que le motif ostensible est déraisonnable.

Jacques J.A. decided that the rule adopted by the respondent to combat nepotism was too far-reaching in that it applied invariably, irrespective of the position sought by the candidate and that held by the person already connected with the town (at p. 368):

[TRANSLATION] Brossard's desire to avoid nepotism and favouritism is entirely laudable.

However, the method used to do so is on its face excessive. It is all-encompassing and makes no distinction whatever between the various positions that an applicant may hold

Given that the problem of nepotism varies from one political entity to another, Jacques J.A. suggested that the reasonableness of any given measure must be established according to [TRANSLATION] "the size of the municipality, its population, the number and composition of its staff and its administrative structure". In short, the measures taken to inhibit nepotism must be proportional to the imminence of the risk of such practices in each case.

The parties put little emphasis on the first branch of s. 20 in their submissions before this Court in spite of this dissenting opinion which focusses on the provision in depth. My own view as to the inapplicability of the second branch of s. 20 to municipalities gives the first branch increased importance as it represents the only provision currently in the *Charter* which government bodies can invoke to justify an otherwise discriminatory anti-nepotism rule. While I agree with Jacques J.A.'s conclusions as to the first branch, I find it nevertheless useful to examine this exception to the anti-discrimination norm in some detail.

To determine whether the first branch of s. 20 does justify the respondent's discriminatory hiring policy, the "aptitude or qualification" at issue must be properly described and, secondly, the question as to whether that aptitude or qualification is required in good faith for the employment must be answered.

Le juge Jacques décide que la règle adoptée par l'intimée pour combattre le népotisme va trop loin en ce sens qu'elle s'applique invariablement, sans tenir compte de l'emploi postulé par le candidat ni du poste occupé par la personne déjà employée par la ville (à la p. 368):

Le désir de Brossard d'éviter le népotisme et le favoritisme est tout à fait louable.

Cependant, la mesure prise pour ce faire est à sa face même exorbitante. En effet, elle est globale et ne comporte aucune distinction quelconque entre les divers postes que peut occuper un postulant . . .

Puisque le problème du népotisme varie d'une entité politique à l'autre, le juge Jacques laisse entendre que le caractère raisonnable d'une mesure donnée doit être déterminé en fonction de «la dimension de la municipalité, sa population, le nombre et la composition de ses employés et sa structure administrative». Bref, les mesures prises pour enrayer le népotisme doivent être proportionnées à l'imminence du risque présenté par de telles pratiques dans chaque cas.

En plaidant devant cette Cour, les parties n'ont pas beaucoup insisté sur le premier volet de l'art. 20, et ce, en dépit de l'opinion dissidente du juge Jacques qui en fait une étude approfondie. Comme j'estime que le second volet de l'art. 20 ne s'applique pas aux municipalités, cela confère au premier volet une importance accrue, étant donné qu'il représente l'unique disposition figurant actuellement dans la *Charte* que les organismes gouvernementaux puissent invoquer pour justifier une règle antinépotisme qui serait par ailleurs discriminatoire. Tout en souscrivant aux conclusions du juge Jacques relativement au premier volet, je crois néanmoins qu'il est utile d'entreprendre un examen assez minutieux de cette exception à la norme antidiscrimination.

Pour déterminer si le premier volet de l'art. 20 justifie vraiment la politique d'embauchage discriminatoire de l'intimée, il faut décrire adéquatement «l'aptitude ou la qualité» en question et, ensuite, répondre à la question de savoir si cette aptitude ou qualité est exigée de bonne foi pour l'emploi.

It has been decided by this Court in *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, and reaffirmed in *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561, that *bona fide* occupational qualification exceptions in human rights legislation should, in principle, be interpreted restrictively since they take away rights which otherwise benefit from a liberal interpretation. This is true for the first branch of s. 20.

It is difficult to define “aptitudes or qualifications” with any degree of precision. Typically, Quebec courts tend to examine the first branch as a whole, as did Deslongchamps J. in the case at bar: [TRANSLATION] “the distinction, exclusion or preference based on the aptitudes or qualifications required in good faith for an employment, pursuant to s. 20, relates to professional and technical competence” (emphasis added). This said, I do consider that the term “aptitudes or qualifications” is sufficiently wide to encompass a requirement based on civil status in this case.

There will no doubt be cases in which courts will seek to distinguish between “aptitudes” and “qualifications” as did Jacques J.A. in the Court of Appeal. This is, of course, possible since the use of the word “or” by the legislator would encourage a disjunctive interpretation of the two terms. I do not believe it is necessary to do so, however, in this case. For present purposes, I note simply that the term “*qualité*” in the French version of s. 20 should be given a narrow construction to conform more precisely with the word “qualification” which the legislator uses in the English version. The narrower “qualification” is preferable given the restrictive interpretation of which the first branch of s. 20 is deserving.

It is useful to begin the analysis of the first branch here by an examination of the overall relationship between ss. 10 and 20. The exception provided for in the first branch of s. 20 is only invoked following the determination that a given

Cette Cour a décidé dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, et confirmé dans l'arrêt *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561, que les exceptions relatives aux exigences professionnelles réelles, que l'on trouve dans les lois en matière de droits de la personne, doivent, en principe, s'interpréter restrictivement puisqu'elles suppriment des droits qui autrement recevraient une interprétation libérale. Cela vaut également pour le premier volet de l'art. 20.

Il est difficile de définir avec précision l'expression «aptitudes ou qualités». Typiquement, les tribunaux québécois ont tendance à examiner le premier volet dans son ensemble, comme l'a fait le juge Deslongchamps en l'espèce: «la distinction, l'exclusion ou la préférence fondée sur les aptitudes ou qualités exigées de bonne foi pour un emploi, dont parle l'article 20, se rapporte à la compétence professionnelle et technique» (je souligne). J'estime néanmoins que le terme «aptitudes ou qualités» a une portée suffisamment large pour englober en l'espèce une exigence fondée sur l'état civil.

Il y aura sans doute des cas où les tribunaux chercheront à faire une distinction entre «aptitudes» et «qualités», ainsi que le fait le juge Jacques en Cour d'appel. Bien sûr, cela est possible parce que l'emploi du mot «ou» par le législateur incite à une interprétation disjonctive des deux mots. Je ne crois toutefois pas qu'une telle interprétation s'impose en l'espèce. Aux fins de la présente analyse, je fais simplement remarquer que le terme «qualité» figurant dans la version française de l'art. 20 devrait recevoir une interprétation étroite de manière à concorder plus exactement avec le mot «*qualification*» employé par le législateur dans la version anglaise. Étant donné l'interprétation restrictive qu'il convient de donner au premier volet de l'art. 20, c'est le terme de portée moins large, c'est-à-dire «*qualification*», qu'il faut préférer.

Pour commencer l'analyse du premier volet, il est utile d'examiner le rapport général qui existe entre l'art. 10 et l'art. 20. L'exception énoncée au premier volet de l'art. 20 ne peut être invoquée qu'à la suite de la détermination qu'une conduite

behaviour amounts to discrimination, contrary to s. 10. The wording of each of the provisions reflects this connection:

10. ... without distinction, exclusion or preference based on ... [enumerated grounds].

20. A distinction, exclusion or preference based on the aptitudes or qualifications required in good faith for an employment [Emphasis added.]

The “aptitudes or qualifications” must necessarily relate to one of the enumerated grounds in s. 10 to be relevant for the purposes of the first branch of s. 20. Though this may be stating the obvious in light of the necessary connection between ss. 10 and 20, this relationship is often forgotten in the effort to give a comprehensive definition to “aptitudes or qualifications”. Physical strength, for example, may be an “aptitude or qualification” in s. 20 relating to “age”, which is now a ground in s. 10. Dexterity may be an “aptitude or qualification” in s. 20 relating to “handicap” in s. 10.

The “aptitude or qualification” need not be in itself a ground for discrimination from the list in s. 10, but it must be connected to one such ground, otherwise there would be no reason to deem non-discriminatory the distinction, exclusion or preference mentioned in s. 20. Once this connection between the “aptitude or qualification” and the enumerated ground in s. 10 has been established, the court or tribunal evaluates whether the aptitude or qualification is required in good faith for the employment.

In the instant case, what is the “aptitude or qualification” which relates to civil status, the enumerated ground in s. 10 relevant to the discriminatory hiring policy? The fact that a candidate for employment with the town has no member of his or her immediate family already employed with the town or on council inhibits real or potential conflicts between the interests of the town and those of the candidate. This absence of conflict of interest on the part of the person considered for employment is, in turn, an “aptitude or qualification” under s. 20. The town adopted this no-spouse, no-immediate relative policy to encourage

donnée constitue une discrimination, contrairement à l’art. 10. Ce lien se reflète dans le texte de chacune des dispositions en question:

10. ... sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur ... [les motifs de discrimination énumérés].

20. Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités exigées de bonne foi pour un emploi ... [Je souligne.]

b Les «aptitudes ou qualités» doivent nécessairement se rapporter à l’un des motifs énumérés à l’art. 10 pour être pertinentes aux fins du premier volet de l’art. 20. Bien que cela puisse tenir de l’évidence étant donné le lien nécessaire entre l’art. 10 et l’art. 20, on oublie souvent ce rapport en essayant de donner à l’expression «aptitudes ou qualités» une définition qui soit complète. La force physique, par exemple, peut constituer une «aptitude ou qualité» au sens de l’art. 20 qui se rapporte à «l’âge», lequel constitue maintenant un motif de discrimination énoncé à l’art. 10. De même, la dextérité peut être une «aptitude ou qualité» au sens de l’art. 20 qui se rapporte au «handicap» visé à l’art. 10.

Il n’est pas nécessaire que «l’aptitude ou la qualité» constitue en soi l’un des motifs de discrimination énumérés à l’art. 10, mais elle doit avoir un lien avec un tel motif, sinon il n’y aurait aucune raison de réputer non discriminatoire la distinction, l’exclusion ou la préférence dont parle l’art. 20. Une fois établi ce lien entre «l’aptitude ou la qualité» et le motif de discrimination visé par l’art. 10, la cour ou le tribunal détermine si cette aptitude ou qualité est exigée de bonne foi pour l’emploi.

En l’espèce, quelle est «l’aptitude ou la qualité» se rapportant à l’état civil, lequel constitue le motif de discrimination mentionné à l’art. 10 qui est pertinent relativement à la politique discriminatoire en matière d’embauchage? Le fait qu’aucun membre de la famille immédiate d’un candidat à un poste de la ville ne soit pas déjà employé par celle-ci ni ne fasse partie du conseil municipal empêche tout conflit réel ou éventuel entre les intérêts de la ville et ceux du candidat. Cette absence de conflit d’intérêts de la part du postulant d’un emploi constitue, quant à elle, une «aptitude ou qualité» au sens de l’art. 20. Si la ville a adopté

impartiality and the appearance of impartiality in the hiring of new public servants and in the performance of their duties after they have been hired. As was observed in *obiter* by Chairperson Friedland in *Bosi*, *supra*, at p. D/1254, (whom I cite notwithstanding our disagreement on another point):

Moreover, assuming that "marital status" is to be given a wide meaning, there would still not be improper discrimination in this case. Section 4(6) of the Act provides that the provisions "relating to any discrimination, limitation, specification or preference for a position or employment based on age, sex, or marital status do not apply where age, sex or marital status is a *bona fide* occupational qualification and requirement for the position or employment." The absence of a potential conflict of interests should be considered a "bona fide occupational qualification and requirement". [Emphasis added.]

Candidates are required to be free from conflict of interest for two reasons. Firstly, the town established the no-spouse, no immediate-relative rule to encourage impartiality in the hiring of new public servants. A public servant who secures the hiring of a relative rather than the most meritorious candidate commits an abuse of power and places his or her interest and that of the family-member candidate in conflict with the interests of the town. Secondly, the town's anti-nepotism rule is designed to promote impartiality in the performance of public servants' duties after they have been hired. Both of these objectives relate to the necessity that the town, as a publicly accountable body, have a civil service free from conflict of interest.

At first glance, the conflict of interest at issue would be a conflict between the interests of the town and those of current full-time employees or town councillors, and therefore not, strictly speaking, an "aptitude or qualification" of candidates for employment. However, the better view is that interests of current employees and candidates largely coincide since they are members of the

cette politique interdisant l'embauchage de conjoints et de parents immédiats, c'était pour favoriser l'impartialité et l'apparence d'impartialité dans l'embauchage de nouveaux fonctionnaires et dans l'exécution de leurs fonctions une fois qu'ils avaient été engagés. Comme le fait remarquer le président Friedland dans une opinion incidente exprimée dans la décision *Bosi*, précitée, à la p. D/1254 (et je cite le président Friedland malgré notre désaccord sur un autre point):

[TRADUCTION] De plus, à supposer que l'expression «état matrimonial» doit recevoir une interprétation large, il n'y aurait tout de même pas de discrimination abusive en l'espèce. Le paragraphe 4(6) de la Loi prévoit que les dispositions «relatives à un acte discriminatoire, à une restriction, à une condition ou à une préférence pour un poste ou un emploi fondés sur l'âge, le sexe ou l'état civil ne s'appliquent pas lorsque l'âge, le sexe ou l'état civil constituent une exigence professionnelle réelle du poste ou de l'emploi». L'absence de conflit d'intérêt éventuel doit être considérée comme une «exigence professionnelle réelle». [Je souligne.]

Il y a deux raisons pour lesquelles les postulants d'emplois ne doivent pas se trouver en situation de conflit d'intérêts. D'abord, la ville a établi la règle interdisant l'embauchage de conjoints et de parents immédiats afin de favoriser l'impartialité dans l'engagement de nouveaux fonctionnaires. Un fonctionnaire qui réussit à faire embaucher un parent plutôt que le candidat le plus compétent commet un abus de pouvoir et fait entrer ses intérêts et ceux du parent candidat en conflit avec les intérêts de la ville. Ensuite, la règle antinépotisme de la ville est destinée à promouvoir l'impartialité des fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions une fois qu'ils sont engagés. L'un et l'autre objectif se rapporte à la nécessité pour la ville en tant qu'organisme comptable envers le public de se doter d'une fonction publique exempte de tout conflit d'intérêts.

À première vue, le conflit d'intérêts en question serait un conflit entre les intérêts de la ville et ceux d'employés à plein temps actuels ou de conseillers municipaux. Il ne s'agirait donc pas à strictement parler d'une «aptitude ou qualité» de candidats à un emploi. Il vaut mieux considérer, toutefois, que les intérêts d'employés actuels et de postulants d'emplois coïncident dans une large mesure puis-

same immediate family. Moreover, the absence of conflict of interest is relevant to the candidate as a future employee as well.

The presence of this "aptitude or qualification" is assured by the respondent's hiring policy which, as we have seen, constitutes discrimination based on civil status under s. 10 both generally and in the specific case of Line Laurin. It is not necessary to inquire further as to the precise meaning of "aptitudes or qualifications". We can proceed with an evaluation of the *bona fides* of this requirement with respect to employment with the respondent town.

Are the absence of real or potential conflicts of interest and the appearances thereof "required in good faith for an employment" with the town? The answer to this question depends, of course, on the rigour of the test implicit in this expression as it figured in the first branch of s. 20 at the time of this dispute.

In *Etobicoke*, *supra*, McIntyre J. explained the meaning of a similar term in the former *Ontario Human Rights Code*, and I find his explanation most useful to an understanding of the first branch of s. 20 (at p. 208):

To be a *bona fide* occupational qualification and requirement a limitation, such as a mandatory retirement at a fixed age, must be imposed honestly, in good faith, and in the sincerely held belief that such limitation is imposed in the interests of the adequate performance of the work involved with all reasonable dispatch, safety and economy, and not for ulterior or extraneous reasons aimed at objectives which could defeat the purpose of the Code. In addition it must be related in an objective sense to the performance of the employment concerned, in that it is reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public.

For its hiring policy to be deemed non-discriminatory, the respondent must demonstrate the following: (1) that the absence of conflict of inter-

qu'ils sont membres de la même famille immédiate. De plus, la question de l'absence de conflit d'intérêts concerne également le candidat en tant que futur employé.

^a C'est par sa politique d'embauchage que l'intimée s'assure que ses employés possèdent cette «aptitude ou qualité», et cette politique, comme nous l'avons déjà vu, constitue d'une manière générale ainsi que dans le cas précis de Line Laurin une discrimination fondée sur l'état civil au sens de l'art. 10. Il n'est pas nécessaire d'approfondir davantage la question du sens précis de l'expression «aptitudes ou qualités». Cela étant, nous pouvons examiner maintenant si c'est de bonne foi que la ville intimée pose cette exigence en matière d'embauchage.

^b L'absence de conflits d'intérêts réels ou éventuels et d'apparence de tels conflits est-elle «exigée [...] de bonne foi pour un emploi» auprès de la ville? La réponse donnée à cette question dépendra évidemment de la rigueur avec laquelle on applique le critère qui se dégage implicitement de cette expression qui figurait dans la première partie de l'art. 20 à l'époque de ce litige.

^c Dans l'arrêt *Etobicoke*, précité, le juge McIntyre a expliqué le sens d'une expression similaire employée dans l'ancien *Ontario Human Rights Code*, et j'estime que son explication est des plus utiles pour saisir le premier volet de l'art. 20 (à la p. 208):

^d Pour constituer une exigence professionnelle réelle, une restriction comme la retraite obligatoire à un âge déterminé doit être imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère que cette restriction est imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question d'une manière raisonnablement diligente, sûre et économique, et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d'aller à l'encontre de ceux du Code. Elle doit en outre se rapporter objectivement à l'exercice de l'emploi en question, en étant raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général.

^e Pour que sa politique d'embauchage soit réputée non discriminatoire, l'intimée doit démontrer (1) que l'exigence qu'il n'y ait pas de conflit d'intérêts

est requirement was imposed honestly, in good faith (a subjective test), and (2) that the requirement is related in an objective sense to the performance of employment with the town in that it is reasonably necessary to assure the efficient and economic performance of the work (an objective test).

The evidence submitted before the Superior Court shows that the requirement was imposed honestly and thereby meets the subjective element of the test. According to the uncontradicted testimony of the town's director of personnel, the purpose of the hiring policy is to combat nepotism, to promote sound municipal management and is not to frustrate the objectives of the *Charter*:

[TRANSLATION] ... obviously a municipality is under public scrutiny, the property and the funds administered by municipal employees is money that does not belong to them. I think, therefore, that all appearance of nepotism or favouritism must be avoided; so of course if a town official takes it upon himself to hire people related to him or ...

MR. VERMETTE:

Q. Yes?

A... it will certainly be looked upon poorly by the citizens. I think there is a clear danger of nepotism there. There is also a danger of favouritism in that, of course, high-ranking civil servants in particular who have family members working for them will be likely to give those family members the better jobs and so on, and this will cause favouritism and will also make other people jealous ...

The respondent must also demonstrate that the aptitude or qualification is related in an objective sense to the performance of the employment concerned. McIntyre J. suggested in *Etobicoke* that the purpose of the objective test is to determine whether the employment requirement is "reasonably necessary" to assure the performance of the job. In the case at bar, I believe that this "reasonable necessity" can be examined on the basis of the following two questions:

- (1) Is the aptitude or qualification rationally connected to the employment concerned? This allows us to determine whether the employer's purpose in establishing the requirement is appropriate in an objective

a été imposée honnêtement, de bonne foi (critère subjectif), et (2) que cette exigence se rapporte objectivement à l'exercice de l'emploi auprès de la ville, en ce sens qu'elle est raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail (critère objectif).

Il ressort de la preuve produite devant la Cour supérieure que l'exigence a été imposée honnêtement et satisfait donc à l'élément subjectif du critère. Selon le témoignage incontesté du directeur du personnel de la ville, la politique d'embauchage vise à combattre le népotisme et à favoriser une saine gestion municipale et non pas à contrecarrer les objectifs de la *Charte*:

... c'est évident qu'une municipalité est exposée aux yeux de tout le monde, les biens qui sont administrés, ou les argents qui sont administrés par les fonctionnaires municipaux sont des argents qui ne leur appartiennent pas. Alors il faut éviter, je pense, même toute apparence de népotisme, ou de favoritisme; alors il est entendu que si un responsable de la ville se met à engager des personnes de sa parenté ou ...

PAR M^e VERMETTE:

Q. Oui?

R. ... ça sera certainement mal vu de la part des citoyens. Or, il y a là un danger évident là je pense de népotisme. Il y a aussi un danger de favoritisme qui fait que si, évidemment, le supérieur en particulier, qui a des parents qui travaillent pour lui, sera porté à leur accorder des meilleurs postes et le reste et ça causera du favoritisme, ça causera aussi de la jalousie chez les autres ...

L'intimée doit prouver en outre que l'aptitude ou la qualité se rapporte objectivement à l'exercice de l'emploi en question. Le juge McIntyre laisse entendre dans l'arrêt *Etobicoke* que le critère objectif sert à déterminer si l'exigence en matière d'emploi est «raisonnablement nécessaire» pour assurer l'exécution du travail. Je crois qu'en l'espèce cette «nécessité raisonnable» peut être examinée en fonction des deux questions suivantes:

- (1) L'aptitude ou la qualité a-t-elle un lien rationnel avec l'emploi en question? C'est là un moyen de déterminer si le but visé par l'employeur en établissant l'exigence convient objectivement au poste en question.

sense to the job in question. In *Etobicoke*, for example, physical strength evaluated as a function of age was rationally connected to the work of being a fireman.

- (2) Is the rule properly designed to ensure that the aptitude or qualification is met without placing an undue burden on those to whom the rule applies? This allows us to inquire as to the reasonableness of the means the employer chooses to test for the presence of the requirement for the employment in question. The sixty-year mandatory requirement age in *Etobicoke* was disproportionately stringent, for example, in respect of its objective which was to ensure that all firemen have the necessary physical strength for the job.

In answer to the first question, I believe that the aptitude or qualification required of all candidates—an absence of real and potential conflicts of interest and the appearances thereof—is rationally connected to employment with the town.

Every post in the public service is coloured by the particular identity of the employer. The town of Brossard, like all government employers, enjoys legal personality through a convenient fiction of positive law. But the town is in fact a collectivity made up of its citizens. The management of the collectivity should reflect the common interest of all the town's citizens—this is a cornerstone principle of government in a liberal society. In his important treatise *Les principes généraux du droit administratif* (3^e éd. 1930), vol. II, at p. 1, Professor Gaston Jèze said simply [TRANSLATION] “the mission of the public service is to satisfy the needs of the general interest.”

It is in the common interest to manage the affairs of the town efficiently and in a manner which does not favour the particular interests of one citizen over another. This is true both in the hiring of public servants and, thereafter, in the performance of their duties. Indeed the particular interests of the public servant must yield to the

Dans l'affaire *Etobicoke*, par exemple, la force physique évaluée selon l'âge avait un lien rationnel avec le travail de pompier.

- (2) La règle est-elle bien conçue de manière que l'exigence quant à l'aptitude ou à la qualité puisse être remplie sans que les personnes assujetties à la règle ne se voient imposer un fardeau excessif? Cela nous permet d'examiner le caractère raisonnable des moyens choisis par l'employeur pour vérifier si l'on satisfait à cette exigence dans le cas de l'emploi en question. Par exemple, l'âge de la retraite obligatoire à soixante ans dans l'affaire *Etobicoke* était d'une sévérité disproportionnée à son objectif qui était de s'assurer que tous les pompiers possédaient la force physique nécessaire pour s'acquitter de leurs fonctions.

Pour ce qui est de la première question, je crois que l'aptitude ou la qualité exigée de tous les candidats—c'est-à-dire l'absence de conflits d'intérêts réels et éventuels et de l'apparence de tels conflits—a un lien rationnel avec l'exercice d'un emploi auprès de la ville.

L'identité particulière de l'employeur influe sur la nature de chaque poste dans la fonction publique. La ville de Brossard, comme tous les gouvernements employeurs, possède la personnalité juridique grâce à une fiction commode du droit positif. Mais la ville est en réalité une collectivité composée de ses citoyens. La gestion de cette collectivité devrait refléter l'intérêt commun de l'ensemble de ses habitants—voilà un principe fondamental de gouvernement dans une société libérale. Dans son ouvrage important intitulé *Les principes généraux du droit administratif* (3^e éd. 1930), vol. II, à la p. 1, le professeur Gaston Jèze dit simplement que «l'administration a pour mission de satisfaire aux besoins de l'intérêt général».

Il est dans l'intérêt général que les affaires municipales soient gérées efficacement et d'une manière qui ne privilégie pas les intérêts particuliers d'un citoyen par rapport à un autre. Cela vaut autant pour l'embauchage de fonctionnaires que pour l'accomplissement de leurs tâches une fois qu'ils ont été engagés. De fait, les intérêts particu-

general interest of the collectivity, this general interest being, in theory, the public servant's sole master in the execution of his or her duties. All public servants, from the most powerful mandarin to the most junior clerk, share in this duty to the collectivity. I think it may fairly be said that all public servants may be subject, to a greater or lesser degree, to rules of conduct which recognize this higher duty. Even a lifeguard at a municipal swimming pool shares in this obligation of honesty and impartiality owed to the people he or she serves.

Jacques J.A. alluded to this when he observed that the administrative structure of the town requires rules of conduct for its public servants to preclude abuses of power. Professor Patrice Garant explains that this paramount general interest can justify a rule of law designed to prevent public servants from, for example, falling into situations of conflict of interest:

[TRANSLATION] Anyone who accepts the idea that the general interest should take priority over that of the individual must agree that the law should endeavour to eliminate situations in which public officials may be tempted to prefer the latter to the former. It is certainly conceivable that a public official serve his own interests without neglecting the general interest, but the risk is too great. The integrity of a public official must be complete or otherwise it will fall prey to all manner of compromises and concessions.

(La fonction publique canadienne et québécoise (1973), at p. 283.)

It is appropriate and indeed necessary to adopt rules of conduct for public servants to inhibit conflicts of interest, of which nepotism is one serious form. General rules of administrative law have been developed in all Canadian jurisdictions to this end, as well as specific rules of public law, such as the Quebec *Public Service Act*, R.S.Q., c. F-3.1.1, adopted in 1983, which includes at s. 7 a specific direction for public servants to avoid conflicts of interest, and rules in municipal law, such as the Quebec *Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19, which, in Division V, has like rules on the

liens du fonctionnaire doivent céder le pas devant l'intérêt général de la collectivité, car en théorie ce n'est qu'à cet intérêt général que le fonctionnaire se trouve soumis dans l'exécution de ses fonctions.

^a Tous les fonctionnaires, du cadre le plus puissant jusqu'au moindre petit commis, partagent cette responsabilité envers la collectivité. Je crois qu'on peut dire avec justesse que chaque fonctionnaire peut être assujéti, dans une mesure plus ou moins grande, à des règles de conduite qui reconnaissent l'existence de cette responsabilité supérieure. ^b Même un sauveteur à une piscine municipale partage cette obligation d'honnêteté et d'impartialité envers les citoyens qu'il sert.

^c Le juge Jacques de la Cour d'appel y fait allusion lorsqu'il affirme que la structure administrative de la ville nécessite qu'il y ait des règles de conduite pour ses fonctionnaires afin d'éviter les abus de pouvoir. Le professeur Patrice Garant explique que cet intérêt général supérieur peut justifier une règle de droit destinée à empêcher, par exemple, que les fonctionnaires ne se trouvent en situation de conflit d'intérêts:

^d Quiconque se rallie à l'idée du primat de l'intérêt général sur l'intérêt particulier doit convenir que le droit doit tenter d'éliminer ces situations où les agents publics sont exposés à préférer le second au premier. Certes il est pensable qu'un agent public serve ses propres intérêts en ne négligeant pas l'intérêt général, mais le risque est trop grand. L'intégrité de l'agent public est totale, ou elle est en proie à tous les compromis et toutes les concessions.

^e *(La fonction publique canadienne et québécoise (1973), à la p. 283.)*

^f Il est approprié, voire nécessaire, d'adopter pour les fonctionnaires des règles de conduite destinées à prévenir les conflits d'intérêts, dont le népotisme constitue une forme particulièrement grave. À cette fin, des règles générales de droit administratif ont été élaborées partout au Canada et à celles-ci viennent s'ajouter des règles précises de droit public, comme la loi québécoise ayant pour titre *Loi sur la fonction publique*, L.R.Q., chap. F-3.1.1, adoptée en 1983, dont l'art. 7 ordonne expressément aux fonctionnaires d'éviter les conflits d'intérêts. S'y ajoutent également des règles

qualification and disqualification for municipal office. A public servant may abuse the power which has been entrusted to him or her when his or her interests conflict with those of the public body which he or she serves. Hiring on the basis of family relations rather than merit is one such abuse of power. Giving preferential treatment to a family member who is already employed by the public authority is another. In both these instances, there is a conflict between the interests of the town and those of the prospective or existing public servant. In both these cases, there is a violation, in a manner of speaking, of the higher duty owed to the collectivity. The town's anti-nepotism rule is designed to prevent such abuses of power. I have no hesitation in finding a rational connection between the requirement of an absence of real or potential conflicts of interest and the employment with the town, including the position of lifeguard for which Line Laurin applied.

This said, the purpose of the hiring policy of the respondent goes beyond combatting real or potential conflicts of interest. The town's director of personnel testified that [TRANSLATION] "... a municipality is under public scrutiny ... I think, therefore, that all appearance of nepotism or favouritism must be avoided ..." (emphasis added).

It should be possible, in my view, for a government employer to establish rules of conduct designed to combat not only real or potential conflicts of interest but also the appearance of such conflicts. Dickson C.J. noted the importance of this appearance in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at p. 470, albeit in a very different context:

... there is a powerful reason for this general requirement of loyalty, namely the public interest in both the actual, and apparent, impartiality of the public service.

This is not to say that all rules designed to combat real and potential conflicts of interest or the appearances thereof in government will be

de droit municipal comme la *Loi sur les cités et villes* du Québec, L.R.Q., chap. C-19, qui, à sa section V, contient des règles semblables portant sur la capacité et l'incapacité à occuper des charges municipales. Il se peut qu'un fonctionnaire abuse du pouvoir dont il a été investi lorsque ses propres intérêts entrent en conflit avec ceux de l'organisme public qu'il sert. L'embauchage en fonction des relations familiales plutôt que selon le mérite constitue un tel abus de pouvoir. Accorder un traitement préférentiel à un parent qui fait déjà partie de la fonction publique en est un autre exemple. Dans les deux cas, il y a conflit entre les intérêts de la ville et ceux du fonctionnaire ou de l'aspirant fonctionnaire. Dans les deux cas, il y a d'une certaine manière manquement à l'obligation supérieure envers la collectivité. C'est la prévention de ces abus de pouvoir que vise la règle antinépotisme de la ville. Je conclus sans hésitation à l'existence d'un lien rationnel entre l'exigence qu'il n'y ait aucun conflit d'intérêts réel ou éventuel et l'emploi auprès de la ville, y compris l'emploi de sauveteur postulé par Line Laurin.

Cela dit, la politique d'embauchage de l'intimée ne se limite pas à combattre les conflits d'intérêts réels ou éventuels. Le directeur du personnel de la ville a témoigné que «... une municipalité est exposée aux yeux de tout le monde [...] Alors il faut éviter, je pense, même toute apparence de népotisme, ou de favoritisme...» (je souligne).

À mon avis, il devrait être possible à un gouvernement employeur d'établir des règles de conduite visant à combattre non seulement les conflits d'intérêts réels ou éventuels mais aussi l'apparence de tels conflits. Dans l'arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, à la p. 470, le juge en chef Dickson a souligné, quoique dans un contexte bien différent, l'importance de conserver cette apparence d'absence de conflits d'intérêts:

... il existe un motif important à l'appui de cette règle générale de loyauté, savoir l'intérêt du public vis-à-vis de l'impartialité réelle et apparente de la fonction publique.

Cela ne revient toutefois pas à dire que toutes les règles destinées à combattre les conflits d'intérêts réels et éventuels ou l'apparence de tels con-

justified as occupational requirements. The special nature of work in the public service means only that the purpose of such rules is rationally connected to public service employment. The rule must still be properly designed to ensure that the aptitude or qualification is met without placing an undue burden on employees or candidates for employment.

In answer to the second question which I have posed to evaluate the respondent's hiring policy, I believe that the rule is disproportionately stringent in view of the aptitude or qualification which it seeks to verify.

The hiring policy the respondent has chosen to adopt is a blanket rule which, on its face, allows for no exceptions. As soon as it has been determined that a candidate is a member of the immediate family of a full-time employee or town councillor, that candidate is excluded. The rule is unforgiving: it excludes candidates irrespective of the job for which they apply and irrespective of the position which their immediate family member occupies. It does not take into account the degree of likelihood that an abuse of power will take place. This is a maladroit technique of assuring an absence of real or potential conflicts of interest and even the appearances thereof. Line Laurin has provided us with a case in point. Given the position of lifeguard for which she applied and the position of typist at the police station which her mother occupied, there was no real conflict of interest, no reasonable potential for conflict of interest and no reasonable apprehension of bias which would give rise to a justifiable appearance of conflict of interest. Applied to Line Laurin, the hiring policy is, as the saying goes, "like killing a fly with a sledge-hammer".

In support of this conclusion, I again cite the testimony of Mr. Lussier, the town's director of personnel. On examination by lawyers for the Commission and the town following the filing of the motion for declaratory judgment, Mr. Lussier explained that there was no administrative connection between the recreation department where Line Laurin applied for a job and the police

flits au sein de la fonction publique seront justifiées en tant qu'exigences professionnelles. La nature particulière du travail qui s'accomplit dans la fonction publique entraîne seulement que l'objet de ces règles présente un lien rationnel avec l'emploi dans la fonction publique. Il reste que la règle doit être bien conçue de manière que l'exigence quant à l'aptitude ou à la qualité puisse être remplie sans que les employés ou les postulants d'emplois aient à supporter un fardeau excessif.

En ce qui concerne la seconde question que j'ai posée afin de pouvoir évaluer la politique d'embauchage de l'intimée, je crois que la règle est d'une sévérité disproportionnée à l'aptitude ou à la qualité dont elle vise à assurer la possession.

La politique d'embauchage que l'intimée a choisi d'adopter constitue une règle générale qui, à première vue, n'admet aucune exception. Du moment qu'il est déterminé qu'un candidat fait partie de la famille immédiate d'un employé à plein temps ou d'un conseiller municipal, ce candidat est exclu. Il s'agit d'une règle inexorable qui écarte des candidats peu importe l'emploi postulé et sans tenir compte du poste occupé par le membre de la famille immédiate du postulant. Elle ne tient pas compte du degré de probabilité d'un abus de pouvoir. C'est là une façon maladroite de s'assurer qu'il n'y a aucun conflit d'intérêts réel ou éventuel ni même l'apparence d'un tel conflit. Line Laurin en est un bon exemple. Étant donné qu'elle postulait un emploi de sauveteur et compte tenu du fait que sa mère était dactylographe au service de police, il n'y avait aucun conflit d'intérêts réel, aucune possibilité raisonnable de conflit d'intérêts ni aucune crainte raisonnable de partialité qui aurait pu justifier de conclure à une apparence de conflit d'intérêts. Appliquée à Line Laurin, la politique d'embauchage revient, comme on dit, à «tuer une mouche avec une masse».

À l'appui de cette conclusion, je cite de nouveau le témoignage de M. Lussier, le directeur du personnel de la ville. Interrogé par les avocats de la Commission et de la ville à la suite du dépôt de la requête pour jugement déclaratoire, M. Lussier explique qu'il n'existe aucun lien administratif entre le service des loisirs auprès duquel Line Laurin a postulé un emploi et le service de la

department where her mother worked as a typist. The following exchange was cited by Jacques J.A. in the Court of Appeal:

[TRANSLATION] MR. SENAY [for the Commission]:

Q. From the administrative standpoint there is no connection?

A. From the administrative standpoint there is no direct connection, no.

Q. Fine. And I understand that in any case Mrs. Laurin occupies a position which could be described as subordinate?

A. Yes, that's right.

THE COURT:

Q. As director of personnel, as an administrator, do you see any incompatibility between the two positions in terms of the policy of sound administration you mentioned earlier—between these two positions in two different departments?

A. Well, I would say, maybe it is indirect, as you yourself pointed out, from the point of view of function maybe not, but from the point of view of the people . . .

Q. Right.

A. . . there is an interrelationship . . .

Q. You don't see any major problem from the functional point of view, except that it still means there are two people employed by the town of Brossard who are related?

A. Yes.

Furthermore, Mr. Lussier testified that the position which Mrs. Laurin occupied would not have enabled her to influence the consideration of her daughter's application for employment.

For an exclusion of this nature to be valid under the first branch, it must be tailored to the employment in question so that it can be said to preclude real conflicts of interest, potential conflicts of interest which are reasonably likely to arise and the appearance of conflicts of interest founded on a reasonable apprehension of bias. Where there is no opportunity for an abuse of power in the hiring process, there is no possibility of partiality in hiring. Where there is no possibility of partiality in the hiring of a candidate who is a relative of a current employee or town councillor, then it would be inappropriate for that candidate to be disqualified by the anti-nepotism rule. Similarly, where

police où sa mère travaille en tant que dactylographe. Le juge Jacques de la Cour d'appel cite l'échange de propos suivant:

PAR M^e SENAY [pour la Commission]:

^a Q. Au point de vue administratif il n'y a pas de lien?

R. Au point de vue administratif il n'y a pas directement de lien, non.

^b Q. D'accord. Et je comprends que de toute façon madame Laurin est dans une position qu'on pourrait qualifier de subalterne?

R. Oui, c'est ça.

^c PAR LA COUR:

Q. Comme directeur du personnel, est-ce que comme administrateur, est-ce que vous voyez une incompatibilité des deux charges eu égard à la politique à la saine administration dont vous nous avez parlé tantôt; entre les deux fonctions là dans deux services différents?

^d R. Bien je dis, c'est indirect peut-être, comme vous le soulignez vous-même là, du côté de la fonction peut-être que non, mais du côté des personnes . . .

^e Q. C'est ça.

R. . . il y a une inter-relation à cette . . .

Q. Or, du côté de la fonction vous ne voyez pas de problème majeur, sauf que ça demeure quand même deux personnes à l'emploi de Ville de Brossard, qui sont parentes?

^f R. Oui.

^g Monsieur Lussier a témoigné en outre que le poste occupé par M^{me} Laurin ne lui aurait permis d'exercer aucune influence sur l'examen de la demande d'emploi de sa fille.

^h Pour qu'une exclusion comme celle dont il s'agit en l'espèce soit valide en vertu du premier volet, elle doit être adaptée à l'emploi en question de manière qu'on puisse dire qu'elle prévient les conflits d'intérêts réels, les conflits d'intérêts éventuels dont il est raisonnable de croire qu'ils pourront surgir et les apparences de conflit d'intérêts fondées sur une crainte raisonnable de partialité. Lorsque le processus d'embauchage n'offre aucune possibilité d'abus de pouvoir, la partialité dans l'embauchage devient impossible. Lorsqu'il n'existe aucune possibilité de partialité dans l'embauchage d'un candidat ayant un lien de parenté avec un employé ou un conseiller actuels, alors la règle

there is no opportunity for a conflict of interest in the performance of the new public servant's duties, the exclusion would also be inappropriate. In applying the objective test in *Etoibicoke* in this context, courts and tribunals have examined whether the exclusionary rule has been properly tailored to the employment in question. In *Bosi*, *supra*, for example, Chairperson Friedland decided in *obiter* that the exclusionary rule was properly tailored to the employment in question (at p. D/1254):

The absence of a potential conflict of interests should be considered a “*bona fide* occupational qualification and requirement”.

There was a substantial potential conflict of interest in this case, about which Mr. Zurby was properly concerned. The Township office handled much of the administrative work of the police force, a sensible arrangement, in my opinion. If Mrs. Bosi was appointed to the position of accounts clerk she would be processing her husband's expense claims. Moreover, she would have access to the Police Commission documents because the typing in the township office was shared from time-to-time by all staff persons. The Police Commission documents included such sensitive items as disciplinary matters and salary negotiations, and Mrs. Bosi's husband played an important role in salary negotiations on behalf of the Police Association. It would be unreasonable not to be concerned about substantial conflicts of interest.

Conversely, in *Mark*, *supra*, Chairperson Cumming decided that, given the nature of the housekeeping job at issue, the absence of conflict of interest was not a “B.F.O.Q.” (at p. D/2542):

Even though Mr. and Mrs. Mark would come into contact often while working, and even though Mr. Mark would occasionally supervise Mrs. Mark, I think that given the jobs they were performing, it was not, on an objective test basis, a “reasonable and *bona fide* qualification” to stipulate that a husband and his wife could not work together as members of a maintenance and housekeeping department in a hospital. There was no definite and certain concern, such as the potential conflict of interest in *Bossi* [*sic*] to exempt the discrimination, once the husband and wife were employees in the same department. Perhaps this point is seen more clearly

antinépotisme ne doit pas jouer de manière à entraîner l'inadmissibilité de ce candidat. De même, quand il n'y a aucune possibilité de conflit d'intérêts dans l'exercice des fonctions du nouveau fonctionnaire, l'exclusion n'est guère indiquée. En appliquant dans ce contexte le critère objectif formulé dans l'arrêt *Etoibicoke*, les tribunaux se sont demandés si la règle d'exclusion est bien adaptée à l'emploi en question. Dans la décision *Bosi*, précitée, par exemple, le président Friedland conclut dans une opinion incidente que c'est le cas (à la p. D/1254):

[TRADUCTION] L'absence d'un conflit d'intérêts éventuel devrait être considérée comme une «exigence professionnelle réelle».

Il y avait en l'espèce une possibilité réelle de conflit d'intérêts, ce dont M. Zurby s'inquiétait à juste titre. Une bonne partie du travail administratif du corps policier se faisait aux bureaux du canton et j'estime que cela était raisonnable. Or, si M^{me} Bosi était nommée commis comptable, elle se trouverait à traiter les réclamations de dépenses de son mari. Elle aurait en outre accès aux documents de la Commission de police parce que tout le personnel était appelé à participer à l'occasion au travail de dactylographie qui s'effectuait aux bureaux du canton. Parmi ces documents de la Commission de police, il y en avait qui portaient sur des questions aussi délicates que la discipline et la négociation de salaires, et le mari de M^{me} Bosi jouait pour l'association de policiers un rôle important dans la négociation de salaires. Il serait donc déraisonnable de ne pas s'inquiéter de la possibilité de graves conflits d'intérêts.

Par contre, dans l'affaire *Mark*, précitée, le président Cumming décide que, compte tenu de la nature du poste de femme de ménage dont il est question, l'absence de toute possibilité de conflit d'intérêts ne revêt pas le caractère d'une exigence professionnelle réelle (à la p. D/2542):

[TRADUCTION] Même si M. et M^{me} Mark avaient des rapports fréquents au travail et même si M. Mark avait à l'occasion à surveiller M^{me} Mark, je ne crois pas, compte tenu de leurs fonctions, que, selon un critère objectif, on ait établi une «qualité [...] véritablement requise» en prévoyant qu'un mari et sa femme ne pouvaient pas travailler ensemble en tant que membres du service d'entretien et de nettoyage d'un hôpital. Il n'y avait aucune cause précise et certaine d'inquiétude, comme par exemple le risque d'un conflit d'intérêts dont il s'agissait dans l'affaire *Bosi*, qui justifiait le recours à une pratique discriminatoire du moment que le mari et

if one imagines hypothetically that a male maintenance worker had met a female housekeeper on the job in the hospital, they had fallen in love and then been married. There would seem to be no justification for terminating the employment of one of the spouses in that situation, and I do not think Mr. Moyle would have done so.

As I have said, it is possible that a rule designed to inhibit conflicts of interest by limiting the harmful effects of nepotism in the hiring of new public servants and thereafter in the performance of their duties could be properly tailored to deem an otherwise discriminatory municipal hiring practice non-discriminatory. I agree with Jacques J.A. that the problems of conflicts of interest and nepotism vary considerably from one government employer to another and that the rules adopted to prevent such conflicts should be proportionate to the risk that such conflicts may, in fact, arise. As I have noted, Jacques J.A. indicates that the population of the municipality, the number of public servants it employs and any peculiarities of its administrative structure are relevant to determining whether the rule is properly designed in respect of the objective test. I would add to these criteria the nature of the positions occupied in respect of their potential for abuse of power and, to some extent, the nature of the family relationship in question. (Here the town did take these latter considerations into account by limiting the scope of its policy to candidates who had members of their immediate families among full-time municipal employees or on council.) By way of example, Jacques J.A. noted that the risk of conflict of interest is negligible as between two brothers who work as labourers for the federal government at opposite ends of the country but much more significant if the manager of a small town is the spouse of the mayor.

I have observed that the respondent's hiring policy has not been sufficiently tailored to account for the nature of the positions occupied in respect of the potential for abuse of power. Line Laurin's mother was not in a position to influence the hiring

la femme travaillaient dans le même service. Ce point devient peut-être plus clair si l'on imagine le cas suivant: un travailleur préposé à l'entretien fait la connaissance d'une femme de ménage alors qu'ils travaillaient tous les deux à l'hôpital; ils tombent amoureux l'un de l'autre et se marient. Dans cette situation, il semblerait n'y avoir aucune raison de renvoyer l'un des conjoints, et je ne crois pas que M. Moyle l'aurait fait.

Comme je l'ai déjà dit, on pourrait concevoir une règle destinée à empêcher les conflits d'intérêts en limitant les effets nocifs du népotisme dans l'embauchage de fonctionnaires et, par la suite, dans l'exercice de leurs fonctions, pour que soit réputée non discriminatoire une pratique d'embauchage de la municipalité par ailleurs discriminatoire. Je suis d'accord avec le juge Jacques de la Cour d'appel pour dire que les problèmes de conflit d'intérêts et de népotisme varient considérablement d'un gouvernement employeur à l'autre et que les règles adoptées pour prévenir ces conflits doivent être proportionnées au risque de tels conflits. Le juge Jacques, je le répète, fait remarquer que la population de la municipalité, le nombre de ses fonctionnaires et les particularités de sa structure administrative sont tous des points pertinents lorsqu'il s'agit de déterminer si la règle est bien conçue en ce qui concerne le critère objectif. À ces critères, j'ajouterais la nature des postes occupés, du point de vue des possibilités d'abus de pouvoir qu'ils présentent, et, dans une certaine mesure, la nature de la relation familiale en question. (En l'espèce, la ville a tenu compte de ces dernières considérations en limitant la portée de sa politique aux candidats qui comptaient des membres de leur famille immédiate parmi les employés municipaux à plein temps ou parmi les membres du conseil municipal.) Le juge Jacques mentionne à titre d'exemple que le risque d'un conflit d'intérêts est négligeable dans le cas de deux frères qui travaillent en tant que manœuvres pour le gouvernement fédéral à des bouts opposés du pays, mais beaucoup plus grand si le directeur général d'une petite ville est le conjoint du maire.

J'ai fait observer que la politique d'embauchage de l'intimée ne tient pas suffisamment compte de la nature des postes occupés du point de vue des possibilités d'abus de pouvoir qu'ils présentent. La mère de Line Laurin n'était pas en mesure d'in-

of her daughter nor was there a reasonable apprehension that she could have done so. Nor is there any evidence before the Court which enables us to evaluate the blanket rule in connection with the size of the municipality and its public service which, according to Mr. Lussier's testimony, were 45,000 inhabitants and 202 full-time and 94 part-time employees respectively at the relevant time. Line Laurin's case is only one example of the possible exorbitant effects of the rule.

I note parenthetically that s. 20 was amended in 1982, at which time the expression "required in good faith for an employment" was modified to read "required for an employment". While it is the former version which applies to this appeal, my conclusions in respect of the objective test would not be different if the new version did apply. In my view, the purpose of the amendment in 1982 was to reinforce this objective test which was already implicit in the former version of the first branch of s. 20.

The first branch of s. 20 does not, therefore, justify the respondent's discriminatory hiring practice because the aptitude or qualification it purports to verify is not "required in good faith for" the "employment". The respondent also argued, however, that the second branch of s. 20 can be invoked to deem the hiring policy non-discriminatory. I shall now consider the applicability of the second branch to the case at bar.

IV Exclusions Justified by the Political Nature of a Non-Profit Institution

Section 20 of the *Charter* provides for a second exception which I refer to in these reasons as the second branch of the rule:

20. A distinction, exclusion or preference . . . justified by the charitable, philanthropic, religious, political or educational nature of a non-profit institution or of an institution devoted exclusively to the well-being of an ethnic group, is deemed non-discriminatory.

The respondent argues that the exclusionary hiring policy is justified by the political nature of

fluencer l'embauchage de sa fille et il n'y avait aucune crainte raisonnable qu'elle pût exercer une telle influence. De plus, cette Cour ne dispose d'aucun élément de preuve permettant d'évaluer la règle générale en fonction de la taille de la municipalité et de sa fonction publique qui, selon le témoignage de M. Lussier, comptaient respectivement à l'époque en question 45 000 habitants et 202 employés à plein temps ainsi que 94 employés à temps partiel. Le cas de Line Laurin n'est qu'un exemple des effets exorbitants que peut avoir la règle.

Je signale entre parenthèses que l'art. 20 a été modifié en 1982 et qu'à ce moment-là l'expression «exigées de bonne foi pour un emploi» a été remplacée par «requisés par un emploi». Bien que ce soit la première version qui s'applique en l'espèce, mes conclusions en ce qui concerne le critère objectif ne seraient pas différentes si la nouvelle version était applicable. À mon avis, la modification de 1982 avait pour but de renforcer ce critère objectif qui, déjà, se dégageait implicitement de l'ancienne version du premier volet de l'art. 20.

Il s'ensuit donc que le premier volet de l'art. 20 ne justifie pas la pratique discriminatoire en matière d'embauchage suivie par l'intimée, la raison en étant que l'aptitude ou la qualité dont cette pratique vise à assurer l'existence n'est pas «exigée de bonne foi pour» l'«emploi». Toutefois, l'intimée a également fait valoir que le second volet de l'art. 20 peut être invoqué pour réputer non discriminatoire la politique d'embauchage. J'entreprends maintenant une étude de l'applicabilité du second volet en l'espèce.

IV Les exclusions justifiées par le caractère politique d'une institution sans but lucratif

L'article 20 de la *Charte* prévoit une seconde exception que j'appelle dans les présents motifs le second volet de la règle:

20. Une distinction, exclusion ou préférence [. . .] justifiée par le caractère charitable, philanthropique (*sic*), religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique est réputée non discriminatoire.

L'intimée soutient que la politique d'exclusion en matière d'embauchage se justifie par le carac-

the town as non-profit institution and is therefore deemed non-discriminatory. Two questions arise here with respect to the second branch of s. 20. The first relates to the applicability of the provision in the case at bar. Is the town a “non-profit institution” which may be said to have a political nature? The second question relates to the justification of the exclusion. If the town is an institution that can invoke the exception provided for in the second branch, is the hiring policy justified by the “political nature” of the town?

The decisions in the courts below provide us with little guidance as to the meaning and operation of the second branch of s. 20.

Deslongchamps J. did not refer to the second branch in his reasons for judgment. In the Court of Appeal, Jacques J.A.’s dissenting reasons are limited to the first branch of s. 20. Writing for the majority, Paré J.A. applied the second branch, concluding that the hiring policy was justified by the political nature of the town and was accordingly deemed non-discriminatory. He began his analysis by correctly recognizing that the two branches of s. 20 amount to distinct exceptions to the anti-discriminatory norm in s. 10 of the *Charter*. He decided that the second branch applied to the town without, however, giving any explanation for his reasons (at p. 369):

[TRANSLATION] The appellant is undoubtedly one of the non-profit institutions of a political nature contemplated by s. 20.

Paré J.A. focussed on whether the hiring policy was justified by the political nature of the town as the question central to the resolution of the appeal. He cited the testimony of the town’s director of personnel to the effect that the policy was adopted to promote the efficient administration of the town by combatting nepotism and the appearance thereof and concluded (at p. 369):

[TRANSLATION] This approach to the question seems completely logical to me and in my view the reasons given provide the necessary justification for the contest-

ère politique de la ville en tant qu’institution sans but lucratif et est donc réputée non discriminatoire. Deux questions se posent ici relativement au second volet de l’art. 20. La première concerne l’applicabilité de la disposition en l’espèce. Il s’agit de la question de savoir si la ville est une «institution sans but lucratif» dont on peut dire qu’elle revêt un caractère politique. La seconde question, qui se rapporte à la justification de l’exclusion, est de savoir si, dans l’hypothèse où la ville serait une institution pouvant invoquer l’exception prévue au second volet, la politique d’embauchage est justifiée par le «caractère politique» de la ville.

Les décisions des tribunaux d’instance inférieure nous éclairent peu sur le sens et l’application du second volet de l’art. 20.

Le juge Deslongchamps ne mentionne pas le second volet dans ses motifs de jugement. En Cour d’appel, les motifs de dissidence du juge Jacques portent uniquement sur le premier volet de l’art. 20. Dans les motifs qu’il a rédigés au nom des juges formant la majorité, le juge Paré applique le second volet pour conclure que la politique d’embauchage est justifiée par le caractère politique de la ville et est en conséquence réputée non discriminatoire. Il commence son analyse en reconnaissant, à juste titre, que les deux volets de l’art. 20 constituent des exceptions distinctes à la norme antidiscrimination établie par l’art. 10 de la *Charte*. Puis il conclut, sans pourtant motiver sa conclusion, que le second volet s’applique à la ville (à la p. 369):

Or, l’appelante est sans doute une de ces institutions à caractère politique et sans but lucratif que vise l’article 20.

Selon le juge Paré, la question décisive pour trancher l’appel est celle de savoir si la politique d’embauchage est justifiée par le caractère politique de la ville. Il cite le témoignage du directeur du personnel de la ville, suivant lequel la politique a été adoptée pour favoriser l’administration efficace de la ville en combattant le népotisme et toute apparence de népotisme, et il arrive à la conclusion suivante (à la p. 369):

Cette approche de la question me paraît tout à fait logique et les motifs invoqués constituent amplement, à mon avis, la justification requise selon l’article 20 de

ed restriction under s. 20 of this statute. Indeed, any attempt to exclude the possibility of undue influence by municipal councillors in the choice of new employees would seem to me to be most commendable. Similarly, I would applaud any measure designed to limit the undue influence that existing employees may try to exert on those selecting new recruits. The very fact of the political nature of the appellant municipality justifies such a measure.

Paré J.A. then noted the sufficiency of this "justification" of the policy while at the same time avoiding any judicial measure of its proportionality or its reasonableness (at pp. 369-70):

[TRANSLATION] Having found that such justification exists, I do not feel it is incumbent on this Court to determine the extent of the effectiveness of the measure in respect of its objectives; nor do I feel that it is the role of the Court to substitute its findings for those of the administration of the municipality as to the advisability of the contested measure.

Accordingly, he concluded that the hiring policy is deemed non-discriminatory.

The parties in their written arguments invoke different methods for the interpretation of the second branch of s. 20. Counsel for the Commission cites the general rule for the interpretation of statutory provisions which limit fundamental rights conferred by human rights legislation: [TRANSLATION] "any departure from the fundamental freedoms guaranteed and protected by the *Charter of Human Rights and Freedoms* must . . . be interpreted restrictively." Conversely, counsel for the town contends that the second branch of s. 20 of the *Charter* is not an exception but rather an [TRANSLATION] "integral statement for determining the scope and ambit of the statute which is the *Charter*, and it must be given its full effect."

While jurisprudence decided in connection with the second branch of s. 20 is sparse, what little is available tends to confirm the restrictive interpretation approach argued for by the Commission.

In *Association A.D.G.Q. v. Commission des écoles catholiques de Montréal*, [1980] C.S. 93, an organization devoted to the promotion of homosexual rights complained that the refusal by the

cette loi à la restriction contestée. En effet, toute tentative d'écarter les possibilités d'influence induite des conseillers municipaux dans le choix des nouveaux employés me paraît fort louable. De même, me paraît fort louable, toute mesure destinée à restreindre l'influence induite que pourraient tenter d'exercer les employés déjà en place auprès de ceux d'entre eux qui exercent le choix des nouvelles recrues. C'est le caractère politique même de la municipalité appelante qui justifie semblable mesure.

Le juge Paré souligne alors le caractère suffisant de cette «justification» de la politique en question, tout en s'abstenant de se prononcer sur sa proportionnalité ou son caractère raisonnable (aux pp. 369 et 370):

Ayant constaté l'existence de cette justification, je ne crois pas qu'il appartienne à notre Cour de déterminer l'étendue de l'efficacité de cette mesure dans le but recherché; non plus, que ce soit son rôle de substituer ses conclusions à celles de l'administration municipale quant à l'opportunité de la mesure attaquée.

Il conclut en conséquence que la politique d'embauchage est réputée non discriminatoire.

Dans leurs mémoires, les parties proposent différentes façons d'interpréter le second volet de l'art. 20. L'avocat de la Commission invoque la règle générale applicable à l'interprétation de dispositions législatives limitant les droits fondamentaux conférés par des lois en matière de droits de la personne: «[t]oute dérogation aux libertés fondamentales garanties et protégées par la *Charte des droits et libertés de la personne* doit [...] être interprétée restrictivement.» L'avocat de la ville prétend, par contre, que le second volet de l'art. 20 de la *Charte* constitue non pas une exception mais plutôt une «déclaration composante dans la détermination de la portée et de l'amplitude de la loi qu'est la *Charte*, et il faut lui donner toute sa portée.»

Quoique les décisions portant sur le second volet de l'art. 20 soient rares, le peu de jurisprudence qui existe tend à confirmer l'interprétation restrictive préconisée par la Commission.

Dans l'affaire *Association A.D.G.Q. c. Commission des écoles catholiques de Montréal*, [1980] C.S. 93, un organisme voué à la promotion des droits des homosexuels s'est plaint que le refus de

Montreal Catholic School Commission to rent the organization a school building for a weekend congress amounted to discrimination based on sexual orientation contrary to ss. 10 and 12 of the *Charter*. The Catholic School Commission invoked the s. 20 exception, arguing that the exclusion was justified by the “religious or educational nature” of the Commission, a “non-profit institution”. Marc Beauregard J., as he then was, held that the Association A.D.G.Q. had been the object of wrongful discrimination which was not justified by s. 20. As to the interpretation of this provision, he noted the following (at pp. 94-95):

[TRANSLATION] It should however be noted that s. 20 of the Charter is an exception: it must therefore be interpreted restrictively and the burden of proof as to its application rests with respondent.

Interpreted restrictively, s. 20 of the Charter does not direct that s. 10 of that statute does not apply to non-profit institutions of a religious or educational nature. It provides that the exclusion invoked by the non-profit institution must be “justified” by the religious or educational nature of that institution.

If s. 20 of the Charter is to be interpreted restrictively, it also follows that justification of the exclusion must be objective, that is, based not on a more or less capricious discretion exercised by the institution but on facts which make the exclusion a logical and rational consequence of the religious or educational nature of the institution.

This statement of principle has received wide approval doctrinally and appears to have been adopted by the Commission for the purposes of administrative rulings involving this s. 20 exception: see, e.g., *Décision C.D.P.—31*, [1986] D.L.Q. 462, at p. 464.

On close analysis, however, *Association A.D.G.Q.* does not in itself provide the key to the interpretation of the second branch of s. 20 in the case at bar. Beauregard J. did not invoke the restrictive construction approach to interpret “religious nature” or “non-profit institution” but merely to infer an objective test from the word “justified”. Furthermore, he did not view s. 20

la Commission des écoles catholiques de Montréal de louer à l'organisme un bâtiment scolaire pour un congrès qui allait se tenir une fin de semaine constituait de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, contrairement aux art. 10 et 12 de la *Charte*. La Commission des écoles catholiques, s'appuyant sur l'exception prévue à l'art. 20, a fait valoir que l'exclusion était justifiée par le «caractère religieux ou éducatif» de la Commission, qui était une «institution sans but lucratif». Le juge Marc Beauregard, alors juge de la Cour supérieure, conclut que l'Association A.D.G.Q. a été victime d'une discrimination illicite non justifiée par l'art. 20. Au sujet de la méthode d'interprétation qui s'applique à cette disposition, il fait les observations suivantes (aux pp. 94 et 95):

Il faut toutefois souligner que l'article 20 de la Charte est un article d'exception: il doit donc être interprété restrictivement et la charge de la preuve quant à son application incombe à l'intimée.

Interprété restrictivement l'article 20 de la Charte ne dispose pas que l'article 10 de la même loi ne s'applique pas aux institutions sans but lucratif qui ont un caractère religieux ou éducatif mais il dispose que l'exclusion invoquée par l'institution sans but lucratif doit être «justifiée» par le caractère religieux ou éducatif de cette institution.

Si encore l'on interprète restrictivement l'article 20 de la Charte il faut en conclure également que la justification de l'exclusion doit être objective, c'est-à-dire fondée non pas sur une discrétion plus ou moins capricieuse de l'institution mais sur des faits qui font de l'exclusion une conséquence logique et rationnelle du caractère religieux ou éducatif de l'institution.

Cet énoncé de principe a généralement été approuvé dans la doctrine et paraît avoir été adopté par la Commission aux fins de ses décisions administratives portant sur ladite exception prévue à l'art. 20: voir, par exemple, *Décision C.D.P.—31*, [1986] D.L.Q. 462, à la p. 464.

Quand on l'examine de plus près, cependant, la décision *Association A.D.G.Q.* ne fournit pas elle-même la clé de l'interprétation du second volet de l'art. 20 en l'espèce. Si le juge Beauregard retient une interprétation restrictive, ce n'était pas pour interpréter les expressions «caractère religieux» ou «institution sans but lucratif», mais simplement pour déduire du mot «justifiée» l'existence d'un

from the point of view of the collective rights it seeks to promote, i.e., freedom of religion and freedom of association, on which I will elaborate below. While *Association A.D.G.Q.* may well have been rightly decided in the result, I am of the view, with respect, that it is inaccurate as to the method of interpretation appropriate to the second branch.

To say that the very nature of the second branch of s. 20 lends itself to one of either a restrictive or liberal interpretation oversimplifies the provision and is not, in my view, particularly helpful in discovering its meaning.

The second branch of s. 20 is of the same order as s. 22 of the former British Columbia *Human Rights Code* considered by this Court in *Caldwell v. Stuart*, [1984] 2 S.C.R. 603, a case to which both parties allude in argument. The rule under consideration in *Caldwell* read as follows:

22. Where a charitable, philanthropic, educational, fraternal, religious or social organization or corporation that is not operated for profit has as a primary purpose the promotion of the interests and welfare of an identifiable group or class of persons characterized by a common race, religion, age, sex, marital status, political belief, colour, ancestry or place of origin, that organization or group shall not be considered as contravening this Act because it is granting a preference to members of the identifiable group or class of persons.

In *Caldwell*, McIntyre J. explained that s. 22 of the B.C. Code should not be construed narrowly because it not only limited rights but conferred and protected rights too (at p. 626):

It seems evident to me that the Legislature of British Columbia, recognizing the historically acquired position of the denominational school and the desirability of preserving it, in enacting a Human Rights Code which goes far to eliminate differences and distinctions in society, included s. 22 as a protection for the denominational school or other institution in like case. It is therefore my opinion that the courts should not in construing s. 22 consider it merely as a limiting section

critère objectif. De plus, il n'aborde pas l'art. 20 sous l'angle des droits collectifs qu'il cherche à promouvoir, c.-à-d. la liberté de religion et la liberté d'association, dont je traiterai en détail ci-dessous. Quoique la conclusion dans l'affaire *Association A.D.G.Q.* puisse être bien fondée, j'estime en toute déférence que la méthode d'interprétation qu'elle propose pour le second volet n'est pas la bonne.

Affirmer que le second volet de l'art. 20, de par sa nature même, se prête soit à une interprétation restrictive soit à une interprétation libérale, c'est simplifier à l'extrême la disposition et, selon moi, cela ne nous aide pas particulièrement à en découvrir le sens.

Le second volet de l'art. 20 s'apparente à l'art. 22 de l'ancien *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique, que cette Cour a été appelée à examiner dans l'affaire *Caldwell c. Stuart*, [1984] 2 R.C.S. 603, à laquelle l'une et l'autre partie a fait allusion au cours des débats. La règle en cause dans l'affaire *Caldwell* était ainsi conçue:

[TRADUCTION] 22. Lorsqu'un organisme ou groupement charitable, philanthropique, religieux, social ou d'entraide, sans but lucratif, a pour objectif principal la promotion des intérêts et du bien-être d'une catégorie ou d'un groupe identifiable de personnes caractérisées par la communauté de race, de religion, d'âge, de sexe, d'état matrimonial, de convictions politiques, de couleur, d'ascendance ou de lieu d'origine, cet organisme ou groupement n'est pas censé contrevenir à la présente loi parce qu'il donne la préférence aux membres de ce groupe ou de cette catégorie identifiable de personnes.

Dans l'arrêt *Caldwell*, le juge McIntyre explique que l'art. 22 du Code de la Colombie-Britannique ne doit pas être interprété d'une manière restrictive parce que non seulement il limite des droits mais il en confère et en protège d'autres aussi (à la p. 626):

Il me paraît évident qu'en reconnaissant la place que s'est taillée historiquement l'école confessionnelle et l'opportunité de la préserver, en adoptant le *Human Rights Code* qui contribue beaucoup à éliminer les différences et les distinctions dans la société, la législature de la Colombie-Britannique a inséré l'art. 22 dans le but de protéger l'école confessionnelle ou d'autres institutions semblables. J'estime donc que les tribunaux ne doivent pas considérer l'art. 22 simplement comme

deserving of a narrow construction. This section, while indeed imposing a limitation on rights in cases where it applies, also confers and protects rights. I agree with Seaton J.A. in the Court of Appeal where he expressed this thought in these words:

This is the only section in the Act that specifically preserves the right to associate. Without it the denominational schools that have always been accepted as a right of each denomination in a free society, would be eliminated. In a negative sense s. 22 is a limitation on the rights referred to in other parts of the Code. But in another sense it is a protection of the right to associate. Other sections ban religious discrimination; this section permits the promotion of the religion. [Emphasis added.]

The better view is that like s. 22 of the B.C. Code, the second branch of s. 20 has a dual purpose: when it applies, it at once confers rights upon some persons and imposes a limitation on the rights of others. That it limits an individual's right to be free from discrimination is plain. It is also designed, however, to allow certain non-profit institutions to create distinctions, exclusions or preferences which would otherwise violate the *Charter* if those distinctions, exclusions or preferences are justified by the charitable, philanthropic, religious, political or educational nature of the institution in question. In this sense, s. 20 confers rights upon certain groups. In my view, this branch of s. 20 was designed to promote the fundamental right of individuals to freely associate in groups for the purpose of expressing particular views or engaging in particular pursuits. Its effect is to establish the primacy of the rights of the group over the rights of the individual in specified circumstances. Rather than adopting a liberal or a restrictive interpretation of the second branch, I shall therefore endeavour to give the expressions "non-profit institution" and "political nature" their ordinary meaning, using the traditional rules of statutory interpretation.

The appellant argues that a municipality is not a "non-profit institution" as that term is used in s.

une disposition limitative qui doit être interprétée restrictivement. Tout en imposant des limites à des droits dans les cas où il s'applique, cet article confère et protège également des droits. Je suis d'accord avec le juge Seaton de la Cour d'appel qui exprime la même idée dans les termes suivants:

[TRADUCTION] C'est le seul article de la Loi qui protège expressément le droit d'association. Sans lui, les écoles confessionnelles qui ont toujours été reconnues comme un droit de chaque confession dans une société libre se trouveraient éliminées. Dans un sens négatif, l'art. 22 constitue une limite aux droits mentionnés dans d'autres parties du Code. Mais, dans un autre sens, il protège le droit d'association. D'autres articles interdisent la discrimination fondée sur la religion; cet article permet de promouvoir la religion. [Je souligne.]

Le point de vue qu'il convient de retenir est celui selon lequel le second volet de l'art. 20, à l'instar de l'art. 22 du Code de la Colombie-Britannique, a un double objectif: dans les cas où il s'applique, il confère des droits à certaines personnes et impose du même coup des limites aux droits d'autres personnes. Il est évident qu'il apporte une restriction au droit d'un individu de ne pas être victime de discrimination. Toutefois, il est également conçu pour permettre à certaines institutions sans but lucratif de faire des distinctions ou des exclusions ou de manifester des préférences qui, par ailleurs, violeraient la *Charte*. Il faut toutefois que ces distinctions, ces exclusions ou ces préférences soient justifiées par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif de l'institution dont il s'agit. Dans ce sens, l'art. 20 confère des droits à certains groupes. À mon avis, ce volet de l'art. 20 est destiné à promouvoir le droit fondamental des individus de s'associer librement afin d'exprimer des opinions particulières ou d'exercer des activités particulières. Il a pour effet d'établir la primauté des droits du groupe sur les droits de l'individu dans des circonstances précises. C'est pourquoi, plutôt que d'adopter une interprétation libérale ou restrictive du second volet, je tenterai de donner aux expressions «institution sans but lucratif» et «caractère politique» leur sens ordinaire, en recourant aux règles traditionnelles d'interprétation des lois.

L'appelante prétend qu'une municipalité n'est pas une «institution sans but lucratif» au sens où

20 of the *Charter*. It is inappropriate, according to this argument, to consider a municipality in terms of its vocation for profit. "Non-profit" institutions are private organizations which are formed to promote specific goals rather than to generate profits. By way of illustration, counsel for the appellant cites company law and municipal law statutes which use the same or similar terms in other contexts.

The respondent contests this limited definition and the analogy with statutory definitions which, it is argued, are only designed for limited purposes. According to the respondent, the legislator's choice of the word "institution" rather than "organization", which appears in similar provisions in some other jurisdictions, illustrates that the second branch applies to governments as well as private groups or associations. The respondent also argues that there is nothing inherent in the expression "non-profit" institution which would exclude municipalities since the latter, of course, are not formed for the purposes of generating a profit.

It is of course true that the ordinary meaning of the word institution is very broad and includes branches of government as well as other organizations. In the *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* (1981), vol. III, editor Paul Robert cites Henri Capitant's definition from *Vocabulaire juridique*:

[TRANSLATION] An institution may take the form of an artificial person under public law (e.g. the State, Parliament) or under private law (e.g. an association), or the form of a group without legal personality, or that of a foundation or a legal regime such as tutorship, prescription, bankruptcy or expropriation for public purposes.

The use of the expression "non-profit institutions" in s. 20 does not, in and of itself, preclude the application of the second branch of s. 20 to municipalities. While it is quite likely that, in the context of the provision as a whole, the term's primary meaning is limited to so-called private organizations, it cannot be said that the legislator has given sufficient direction to exclude the wider scope of the term's dictionary definition. Neverthe-

l'entend l'art. 20 de la *Charte*. Suivant cet argument, il ne convient pas d'envisager une municipalité en fonction d'un but lucratif ou non lucratif. Les institutions «sans but lucratif» sont des organismes privés constitués pour promouvoir des objectifs précis plutôt que pour réaliser des profits. À titre d'illustration, l'avocat de l'appelante cite des lois relatives au droit des compagnies et au droit municipal qui emploient, dans d'autres contextes, des termes identiques ou similaires.

L'intimée pour sa part conteste cette définition restreinte et le parallèle fait avec des définitions légales qui, soutient-elle, n'ont été conçues que pour des fins limitées. D'après l'intimée, le fait que le législateur a choisi le mot «institution» plutôt que le terme «organisme» employé dans des dispositions similaires en vigueur dans d'autres ressorts, démontre que le second volet s'applique autant aux gouvernements qu'aux groupes ou associations privés. L'intimée fait valoir en outre qu'il n'y a rien dans l'expression institution «sans but lucratif» qui entraîne l'exclusion de municipalités, car celles-ci, bien entendu, ne sont pas constituées en vue de réaliser des profits.

Il est vrai que le sens courant du mot «institution» est très large et qu'il englobe des organismes gouvernementaux aussi bien que d'autres organismes. Dans le *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* (1981), vol. III, Paul Robert cite la définition donnée par Henri Capitant dans *Vocabulaire juridique*:

L'institution peut se présenter sous la forme d'une personne morale de droit public (ex.: État, Parlement), ou de droit privé (ex.: association), ou d'un groupement non personnalisé, ou d'une fondation, ou d'un régime légal tel que la tutelle, la prescription, la faillite, l'expropriation pour cause d'utilité publique.

L'emploi de l'expression «institution sans but lucratif» à l'art. 20 n'exclut pas en soi l'application du second volet de l'art. 20 à des municipalités. Bien qu'il soit fort probable que, dans le contexte de l'ensemble de la disposition, le sens premier de cette expression désigne uniquement les organismes dits privés, on ne saurait affirmer que le législateur a fourni des précisions suffisantes pour écarter le sens plus large donné par les dictionnai-

less, the meaning which I attribute to the words “charitable, philanthropic, religious, political or educational nature” which precede “non-profit institution” in s. 20 colours the meaning of the latter expression, and encourages the view that a municipality is not included therein.

The appellant argues that a municipality cannot be a “non-profit institution” of a “political nature” because the word political must be given a restricted meaning in the context of s. 20 relating to partisanship. Conversely, the respondent argues that “political” should be interpreted in the fullest meaning of the word so as to include municipalities and other government employers:

[TRANSLATION] A town is an institution or political corporation governed by public law within the meaning of Art. 356 of the Civil Code of Lower Canada, a law of general application. It is political in nature. This nature, pursuant to s. 20 of the Charter, justifies the adoption by the town of certain exclusionary measures in the public interest.

The respondent’s argument is based on a wide interpretation of the word “political”, founded upon the literal meaning and etymological roots of the adjective which can be traced to the Greek, “of the city-state”.

Counsel cites the first paragraph of art. 356 C.C.L.C., by way of illustration, to substantiate the view that “political” in s. 20 would include municipalities:

356. Secular corporations are further divided into political and civil; those that are political are governed by the public law, and only fall within the control of the civil law in their relations, in certain respects, to individual members of society.

The town is undoubtedly a “political corporation” pursuant to art. 356 C.C.L.C. I would suggest, however, that this observation is not useful for determining the meaning of the word “political” in s. 20 of the *Charter*. Article 356 C.C.L.C. has a specific and limited purpose: it is designed to distinguish between those corporations governed by public law and those which fall “within the control” of the civil law. (It also allows for instances in which political corporations are governed by civil law.) The fact that the town is a

res. Néanmoins, le sens que je prête aux mots «caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif» qui, à l’art. 20, précèdent l’expression «institution sans but lucratif», influe sur le sens de cette dernière expression et me porte à croire qu’elle ne comprend pas une municipalité.

L’appelante prétend qu’une municipalité ne peut pas être une «institution sans but lucratif» de «caractère politique» parce que, dans le contexte de l’art. 20, le mot «politique» doit recevoir un sens restreint qui se rapporte aux partis politiques. En revanche, l’intimée soutient qu’il faut donner au mot «politique» l’interprétation la plus large possible de manière à comprendre les municipalités et d’autres gouvernements employeurs:

Une Ville est une institution ou corporation politique régie par le droit public, au sens de l’article 356 du Code civil du Bas-Canada, loi d’application générale. Elle a un caractère politique. Elle a un caractère qui, aux termes de l’article 20 de la Charte, peut la justifier d’adopter certaines mesures d’exclusion dans l’intérêt public.

L’argument de l’intimée repose sur une interprétation large du mot «politique», fondée sur le sens littéral et sur l’origine étymologique de l’adjectif, qui dérive du terme grec signifiant «de la cité».

L’avocat cite, à titre d’exemple, le premier alinéa de l’art. 356 C.c.B.-C. pour étayer le point de vue selon lequel le mot «politique» employé à l’art. 20 englobe les municipalités:

356. Les corporations séculières se subdivisent encore en politiques et en civiles. Les politiques sont régies par le droit public, et ne tombent sous le contrôle du droit civil que dans leurs rapports, à certains égards, avec les autres membres de la société individuellement.

La ville est certainement une «corporation politique» au sens de l’art. 356 C.c.B.-C. Je crois pouvoir dire cependant que cette observation n’est d’aucune utilité pour déterminer le sens du mot «politique» qui figure à l’art. 20 de la *Charte*. En effet, l’art. 356 C.c.B.-C. a un but précis et limité: distinguer les corporations régies par le droit public d’avec celles qui tombent «sous le contrôle» du droit civil. (L’article 356 envisage en outre des cas où les corporations politiques sont régies par le droit civil.) Ce n’est pas parce que la ville est une

“political corporation” under art. 356 *C.C.L.C.* has no bearing on whether it is an “institution” of a “political nature” in the context of s. 20. The second branch of s. 20 of the *Charter* has a different purpose which in no way relates to the potential application of law to public as opposed to private corporations. That the town is a “political corporation” under art. 356 *C.C.L.C.* lends no more credence to the argument that it can invoke the second branch of s. 20 than does the double meaning of the dictionary definition of the word “political”.

It is unquestionably true that the “political” nature of the town, taking that expression in the broadest sense, was the motivating factor for adopting the hiring policy. As I observed in the portion of these reasons pertaining to the first branch of s. 20, the overriding importance of the common interest of the collectivity may be invoked in an effort to justify a hiring policy designed to inhibit nepotism because it can be rationally linked to the “aptitudes or qualifications” required for any position in the public service. The relevance of this factor under the first branch of s. 20, however, does not mean it is relevant under the separate exception provided for by the second branch of this provision. This second branch, as we shall see, serves a different purpose in permitting otherwise wrongful discrimination than does the first.

Nonetheless, Quebec courts have in some instances adopted the wider interpretation of the word “political” suggested by the respondent. The decision of the majority of the Court of Appeal in this case is, of course, the leading example for our purposes. Unfortunately, as I have pointed out, Paré J.A. did not give any reasons for his chosen construction. One senses from his judgment that the laudable goal of the rule—to combat nepotism—was Paré J.A.’s real reason for allowing the town to avail itself of this exception in s. 20. This policy justification taken alone is, needless to say, insufficient in law to permit the application of the

«corporation politique» visée par l’art. 356 *C.c.B.-C.* qu’elle est aussi une «institution» de «caractère politique» aux fins de l’art. 20. Le second volet de l’art. 20 de la *Charte* vise un but différent qui ne se rapporte d’aucune manière à l’application possible de la loi à des corporations publiques par opposition à des corporations privées. Le fait que la ville soit une «corporation politique» visée par l’art. 356 *C.c.B.-C.* ne permet pas plus d’ajouter foi à l’argument selon lequel la ville peut invoquer le second volet de l’art. 20, que le double sens donné au mot «politique» par les dictionnaires.

Sans aucun doute c’est le caractère «politique» de la ville, au sens le plus large de cette expression, qui a motivé l’adoption de la politique d’embauchage. Comme je l’ai fait remarquer dans la partie des présents motifs portant sur le premier volet de l’art. 20, l’importance prépondérante de l’intérêt général de la collectivité peut être invoquée afin de justifier une politique d’embauchage destinée à empêcher le népotisme, étant donné qu’il est possible d’établir un lien rationnel entre cette politique et les «aptitudes ou qualités» requises pour un poste dans la fonction publique. Si cela constitue un facteur pertinent relativement au premier volet de l’art. 20, il n’en va toutefois pas nécessairement de même dans le cas de l’exception distincte que prévoit le second volet du même article. Comme nous allons le voir, c’est dans un but différent de celui visé par le premier volet que le second volet permet une discrimination par ailleurs illicite.

Néanmoins, les tribunaux québécois ont dans certains cas adopté l’interprétation plus large du mot «politique» proposée par l’intimée. L’arrêt rendu par la Cour d’appel à la majorité en l’espèce en est, évidemment, le meilleur exemple pour nos fins. Malheureusement, je le répète, le juge Paré n’explique pas pourquoi il a choisi cette interprétation. On a l’impression à la lecture de ses motifs que c’est en réalité le but louable de la règle—c’est-à-dire combattre le népotisme—qui a amené le juge Paré à permettre que la ville se prévale de cette exception prévue à l’art. 20. Prise isolément, cette justification de principe, est-il besoin de le souligner, ne suffit pas en droit pour autoriser l’application du second volet de l’art. 20. Quant au

second branch of s. 20. The reasoning of the other decisions is only marginally more explicit.

In *Ladouceur v. Dollard-des-Ormeaux (Ville de)*, Mtl. Sup. Ct., No. 500-05-003330-865, November 13, 1986 (summarized in [1987] D.L.Q. 95), the defendant municipality adopted a by-law requiring the signature of either an architect or an engineer on all construction plans submitted for approval. A technician, who was thereby disqualified from signing such plans, brought an action against the municipality, alleging wrongful discrimination based on "social condition" under s. 10. Durand J. of the Superior Court held that there was no discrimination but that if there had been discrimination, it would constitute a distinction, exclusion or preference justified by the political nature of the municipality (at pp. 13-14):

[TRANSLATION] Our Court of Appeal recently held [in the case at bar] that a municipality is an institution contemplated by this provision. Even if section 5-9-1 discriminated on the basis of social condition, which we do not believe it does, it would be valid and secure from attack because its purpose is the improvement of the municipality and the welfare of its citizens, and it creates a "preference . . . justified by the . . . political . . . nature" of the defendant-applicant.

(See also *Commission des droits de la personne du Québec v. Ville de Lachine*, [1984] C.S. 361, at p. 364.)

While it is true, of course, that in other contexts the word "political" can enjoy the broader meaning attributed to it by counsel for the town, I am not convinced that this is the case for the term as it is used in s. 20. The interpretation of the term in context, together with an effort to infer from the legislative text the purpose of the exception provided for by the second branch of s. 20, demonstrate that a more narrow meaning is appropriate here.

Although the appellant does not express it as such, the conclusion that "political" is limited to partisanship is founded upon a well-known rule of statutory interpretation *noscitur a sociis*. The word "political" is explained by the other examples of non-profit institutions given by the legisla-

raisonnement adopté dans les autres décisions, il n'est guère plus explicite.

Dans l'affaire *Ladouceur c. Dollard-des-Ormeaux (Ville de)*, C.S. Mtl., n° 500-05-003330-865, le 13 novembre 1986 (résumée dans [1987] D.L.Q. 95), la municipalité défenderesse avait adopté un règlement exigeant que tous les plans de construction soumis pour approbation portent la signature soit d'un architecte soit d'un ingénieur. Un technicien qui, de ce fait, était devenu inhabile à signer de tels plans intente une action contre la municipalité pour cause de discrimination illicite fondée sur la «condition sociale», contrairement à l'art. 10. Le juge Durand de la Cour supérieure conclut qu'il n'y avait pas eu de discrimination mais que s'il y en avait eu, elle aurait constitué une distinction, exclusion ou préférence justifiée par le caractère politique de la municipalité (aux pp. 13 et 14):

Notre Cour d'appel a décidé récemment [en l'espèce] qu'une municipalité est une institution visée par cet article. Même si l'article 5-9-1 créait une discrimination fondée sur la condition sociale, ce que nous ne croyons pas, il serait valide et inattaquable parce qu'il a pour but l'amélioration de la municipalité et le bien-être de ses citoyens et qu'il crée une «préférence . . . justifiée par le caractère politique» de la défenderesse-requérante.

(Voir en outre *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Lachine*, [1984] C.S. 361, à la p. 364.)

Il est vrai, bien sûr, que dans d'autres contextes le mot «politique» peut recevoir le sens plus large que lui prête l'avocat de la ville, mais je ne suis pas convaincu qu'il en est ainsi dans le cas de l'art. 20. Si l'on interprète le terme dans son contexte en s'efforçant de déduire du texte législatif l'objet de l'exception prévue au second volet de l'art. 20, on se rend compte que c'est une portée plus étroite qui convient ici.

Quoique l'appelante ne le dise pas expressément, sa conclusion que le mot «politique» se limite aux partis politiques repose sur une règle bien connue d'interprétation des lois, savoir la règle *noscitur a sociis*. En effet, le sens du mot «politique» est éclairé par les autres exemples d'institutions sans

tor in s. 20: "... charitable, philanthropic, religious, political or educational nature of a non-profit institution". The concept of "vocation" appears to be implicit in each of the words "charitable", "philanthropic", "religious", "political" and "educational". An institution such as a church, for example, would be permitted to discriminate in hiring on the basis of religious conviction when that discrimination is justified by its religious nature. In this sense, an institution of a political nature would be one with a particular ideological or policy-oriented vocation, such as a political party.

This was the view of Rioux J. of the Superior Court in *Commission des droits de la personne du Québec v. Québec (Ville de)*, [1986] R.J.Q. 243. In this case, Quebec City, which paid a higher salary to male prison guards than their female counterparts, tried to avail itself of the exception in the second branch of s. 20. Rioux J. did not accept that a municipality could be an institution with a "political nature" (at p. 250):

[TRANSLATION] The question thus arises as to what makes a non-profit institution "political". Taken in a very broad sense, this expression may cover political authorities. It is however hard to imagine that a government would be allowed to discriminate by virtue of its mere existence, especially given that s. 54 of the Charter makes the latter binding on the Crown. Judging solely from the context of s. 20 ("the charitable, philanthropic, religious, political or educational nature"), the political nature of an institution more properly relates to the exercise of democratic principles. The exception at issue thus applies to institutions which are part of the democratic process: accordingly, a political party would be justified in hiring persons who share its ideology rather than hiring political opponents. This interpretation is all the more justified in that the Charter itself, in its treatment of political rights in ss. 21 and 22, refers to the right of any person to submit petitions to the National Assembly, the right to be a candidate in an election and the right to vote.

In any case, the fact that the city of Quebec is, to use its own questionable expression, an "incorporated body

but lucratif donnés par le législateur à l'art. 20: «... le caractère charitable, philanthropique (*sic*), religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif». Chacun des mots «charitable», «philanthropique», «religieux», «politique» et «éducatif» paraît renfermer la notion de «vocation». Il serait permis à une institution telle qu'une église, par exemple, d'exercer en matière d'embauchage une discrimination fondée sur une conviction religieuse lorsque cette discrimination est justifiée par le caractère religieux de l'église. En ce sens, une institution de caractère politique serait, tout comme un parti politique, une institution ayant une vocation particulière reliée à une idéologie ou à un programme.

C'est l'opinion qu'exprime le juge Rioux de la Cour supérieure dans la décision *Commission des droits de la personne du Québec c. Québec (Ville de)*, [1986] R.J.Q. 243. Dans cette affaire, la ville de Québec, qui versait aux gardiennes de prison un salaire inférieur à celui touché par les gardiens, a essayé de se prévaloir de l'exception prévue au deuxième volet de l'art. 20. Or, le juge Rioux n'accepte pas qu'une municipalité puisse être une institution ayant un «caractère politique» (à la p. 250):

On doit donc se demander en quoi consiste le caractère «politique» d'une institution sans but lucratif. Cette expression, prise dans un sens très large, pourrait recouvrir le pouvoir politique. On imagine mal cependant comment la discrimination pourrait être permise à un gouvernement du fait de son existence même, d'autant plus que, d'après l'article 54 de la Charte, celle-ci lie la Couronne. Le caractère politique d'une institution, si on s'en tient au contexte même de l'article 20 («caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif»), se rapporte plutôt à l'exercice des principes démocratiques. L'exception qui nous intéresse vise donc les institutions qui participent au processus démocratique: ainsi, un parti politique serait justifié de favoriser l'emploi de personnes partageant son idéologie plutôt que d'adversaires politiques. Cette interprétation se justifie d'autant plus que la Charte elle-même, lorsqu'elle parle des droits politiques aux articles 21 et 22, se réfère au droit de toute personne d'adresser des pétitions à l'Assemblée nationale et de se porter candidat lors d'une élection et d'y voter.

De toute façon, ce n'est pas parce que la Ville de Québec est, suivant l'expression douteuse, un «corps

politic” does not place it in the category of “non-profit institutions of a political nature”. The institutions designated by the expression in the Charter are quite different from municipal corporations. [Emphasis added.]

In “La Charte québécoise des droits et libertés de la personne et le dogme de l’interprétation spécifique des textes constitutionnels” (1986), 17 *R.D.U.S.* 19, Professor Alain-François Bisson suggests that this approach is useful in interpreting the *Charter* generally, and specifically in respect of s. 20 (at pp. 25-26, footnotes omitted):

[TRANSLATION] 7. However, interpreting the chosen terms in the Charter is not simply a matter of defining isolated words. The (mere) presumption that legislation is coherent suggests that the context should be examined and logical arguments used for the purposes of interpretation.

8. The proximity of words, as well as the connections that may be made between various provisions of the Charter, may indicate its meaning and scope If a municipality claims to be a non-profit institution of a political nature and to benefit from the exception contained in s. 20, the response to its claim will be that “judging solely from the context of s. 20 (“the charitable, philanthropic, religious, political or educational nature”), the political nature of an institution more properly relates to the exercise of democratic principles”; that in any case this is confirmed by what the legislator means by “political rights” in ss. 21 and 22. In the final analysis, each section “must be interpreted in relation to the provisions of the statute as a whole”. These are all routine applications of the *nosctur a sociis* argument.

Interpreting the word “political” in its context is, I believe, crucial to understanding the ambit of the exception provided for in the second branch of s. 20. In this sense, the *nosctur a sociis* argument suggested by the Commission is most useful. However, this submission is incomplete in that it does not identify the full extent of the group rights which s. 20 seeks to protect.

As I noted earlier, I believe the second branch of s. 20 is designed to promote the fundamental freedom of individuals to associate in groups, for the purpose of expressing particular views or engaging in particular pursuits, and for those individuals not to be inhibited, in so doing, by the

politique et incorporé» qu’on peut la ranger dans la catégorie des «institutions sans but lucratif à caractère politique». La Charte vise par cette expression des institutions bien différentes des corporations municipales. [Je souligne.]

Dans «La Charte québécoise des droits et libertés de la personne et le dogme de l’interprétation spécifique des textes constitutionnels» (1986), 17 *R.D.U.S.* 19, le professeur Alain-François Bisson est d’avis que c’est là une manière utile d’aborder l’interprétation de la *Charte* en général et de son art. 20 en particulier (aux pp. 25 et 26, renvois supprimés):

7. Mais le travail interprétatif sur la formule de la Charte n’est pas seulement affaire de définition de mots isolés. La présomption (simple) de cohérence de l’œuvre législative invite à regarder le contexte et à faire usage d’arguments logiques.

8. La proximité des mots, d’abord, les relations qu’on peut établir aussi entre les différentes dispositions de la Charte, peuvent être révélatrices de sens et de portée [. . .] Et si une municipalité prétend être une institution sans but lucratif à caractère politique et bénéficiaire de l’exception prévue à l’article 20, il lui sera répondu que «le caractère politique d’une institution, si on s’en tient au contexte même de l’article 20 («caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif») se rapporte plutôt à l’exercice des principes démocratiques»; que d’ailleurs cela est confirmé par ce que le législateur entend par «droits politiques» aux articles 21 et 22. Au total, c’est chaque article qui «doit s’interpréter en regard de l’ensemble des dispositions de cette Loi». Autant d’applications banales de l’argument *nosctur a sociis*.

Je crois que, pour bien saisir la portée de l’exception prévue au second volet de l’art. 20, il est indispensable d’interpréter le mot «politique» dans son contexte. Vu sous cet angle, l’argument *nosctur a sociis* proposé par la Commission se révèle fort utile. Il est toutefois incomplet en ce sens qu’il ne précise pas l’étendue complète des droits de groupes que l’art. 20 vise à protéger.

Comme je l’ai fait remarquer précédemment, j’estime que le second volet de l’art. 20 est destiné à promouvoir la liberté fondamentale des individus de s’associer afin d’exprimer des opinions particulières ou d’exercer des activités particulières et, ce faisant, leur droit de ne pas être gênés par la

anti-discriminatory norm. There are of course restrictions to this statutory permission to discriminate. First, the group must constitute a "non-profit institution". Second, the institution must have a "charitable, philanthropic, religious, political or educational nature" which justifies the distinction, exclusion or preference practised.

A Catholic school might invoke the second branch of s. 20 to justify a preference given to Catholics in its hiring policy for teachers. The school constitutes a "non-profit institution" of a "religious" or "educational nature". The section 20 protection is extended to the school in order to allow Catholics to freely associate to promote Catholic values and beliefs. The school would still be required to show that the preference was justified by its "religious" or "educational" nature.

Other examples may serve to clarify the underlying policy of the second branch of s. 20. The Liberal Party of Quebec might invoke s. 20 to justify the hiring of like-minded people as support staff to work at a Party convention. The Party constitutes a non-profit institution of a "political" nature. Section 20 protection is extended to the Party in order to allow Liberals to freely associate to promote Liberal ideology.

A group of wealthy benefactors incorporate a non-profit company and buy an apartment building with the intention of providing low-rent accommodation to senior citizens. This would, *prima facie*, constitute discrimination on the basis of age pursuant to the current version of s. 10. The company might invoke the second branch of s. 20 to justify its refusal to rent low cost apartments to prospective tenants under 65 years of age. The company constitutes a non-profit institution of a "charitable" or "philanthropic" nature. Section 20 protection is extended to the company in order to allow individuals the freedom to associate for the purposes of advancing the well-being of the elderly.

norme antidiscrimination. Cette permission légale d'exercer une discrimination souffre évidemment des restrictions. Tout d'abord, le groupe doit être une «institution sans but lucratif». Ensuite, cette institution doit avoir un «caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif» qui justifie la distinction, l'exclusion ou la préférence en question.

Donc, une école catholique pourrait invoquer le second volet de l'art. 20 pour justifier une préférence accordée aux catholiques dans sa politique d'embauchage d'enseignants. L'école constitue une «institution sans but lucratif» de «caractère religieux» ou «éducatif». La protection de l'art. 20 lui est accordée de manière que les catholiques puissent s'associer librement pour promouvoir les valeurs et les croyances de leur religion. Encore là, il serait nécessaire de démontrer que la préférence se justifiait par le caractère «religieux» ou «éducatif» de l'école.

D'autres exemples peuvent servir à clarifier la politique qui sous-tend le second volet de l'art. 20. Le Parti libéral du Québec pourrait invoquer l'art. 20 pour justifier l'embauchage de sympathisants comme personnel de soutien à un congrès du parti. Celui-ci est une institution sans but lucratif de caractère «politique» et l'art. 20 lui accorde sa protection afin de permettre aux libéraux de s'associer librement pour promouvoir l'idéologie libérale.

Prenons aussi le cas d'un groupe de bienfaiteurs riches qui constituent une société sans but lucratif et se portent acquéreurs d'un immeuble d'appartements dans l'intention d'offrir aux personnes du troisième âge du logement à prix modique. À première vue, cela constituerait de la discrimination fondée sur l'âge suivant le texte actuel de l'art. 10. La société pourrait alors invoquer le second volet de l'art. 20 afin de justifier son refus de louer des appartements à prix modique à des personnes âgées de moins de soixante-cinq ans. Comme la société est une institution sans but lucratif ayant un caractère «charitable» ou «philanthropique», elle est protégée par l'art. 20 afin que les particuliers puissent jouir de la liberté de s'associer pour promouvoir le bien-être des personnes âgées.

In these and other examples I give in these reasons, I am not arguing that the exclusions would in themselves be justified. This is another issue to be examined on another day. The examples I cite are intended to illustrate the applicability of the second branch of s. 20.

The purpose of this exception in s. 20 relates to the right of members of designated groups to associate and s. 20 protection must, therefore, be limited to those groups. The town is not such a group. It cannot be said to be exercising any form of freedom of association in its discriminatory hiring practice.

McIntyre J. alluded to this purpose when he analysed s. 22 of the B.C. *Human Rights Code* in *Caldwell, supra*, in the passage I have cited at p. 323 of these reasons. He quoted Seaton J.A. who in turn said the B.C. provision amounted to a "protection of the right to associate".

The policy which underlies s. 22 of the former B.C. Code and the second branch of s. 20 of the Quebec *Charter* is, in my view, one and the same, in spite of the difference between the wording of the two provisions. Both rules were established to promote the fundamental freedom of individuals to associate in groups for certain specified purposes. Section 22 of the B.C. Code was the only provision of that statute which specifically preserved the right to associate, whereas the Quebec *Charter* includes a general protection of the "freedom to associate" at s. 3. This does not undermine the similarity between the B.C. rule and the Quebec rule. The second branch of s. 20, like the rule in *Caldwell*, strikes a specific balance between the freedom to associate and the right to be free from discrimination. For both provisions, the competent legislator has acted upon a policy decision to recognize the primacy of certain groups based on the particular views those groups espouse or the particular pursuits in which those groups are engaged. Consequently, McIntyre J.'s appreciation of the policy objective of s. 22 of the B.C. Code is relevant, *mutatis mutandis*, for s. 20 of the Quebec *Charter*. McIntyre J. pointed to the right

Dans ces exemples et dans d'autres que j'ai donnés dans les présents motifs, je ne prétends pas que les exclusions seraient justifiées en soi. Il s'agit là d'une question distincte qui sera examinée une autre fois. Les exemples que je cite visent à illustrer l'applicabilité du second volet de l'art. 20.

L'objet de l'exception créée à l'art. 20 se rapporte au droit des membres de groupes désignés de s'associer et la protection accordée par l'art. 20 doit en conséquence se limiter à ces groupes. Or, la ville ne constitue pas un tel groupe. On ne saurait prétendre qu'en pratiquant la discrimination en matière d'embauchage elle exerce une forme de liberté d'association.

Le juge McIntyre a fait allusion à cet objet en analysant l'art. 22 du *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique dans le passage de l'arrêt *Caldwell*, précité, reproduit à la p. 323 des présents motifs. Il y cite le juge Seaton de la Cour d'appel qui a affirmé que la disposition alors en question avait pour effet de protéger «le droit d'association».

En dépit de leur formulation différente, j'estime que l'art. 22 de l'ancien Code de la Colombie-Britannique et le second volet de l'art. 20 de la *Charte* québécoise reposent sur le même principe fondamental. L'une et l'autre règle a été établie afin de promouvoir la liberté fondamentale des particuliers de s'associer à des fins déterminées. L'article 22 était la seule disposition du Code de la Colombie-Britannique qui garantissait expressément le droit de s'associer, tandis que l'art. 3 de la *Charte* québécoise accorde une protection générale de la «liberté d'association». La règle de la Colombie-Britannique et celle du Québec ne sont pas moins similaires pour autant. Le second volet de l'art. 20, tout comme la règle posée dans l'arrêt *Caldwell*, établit un équilibre précis entre la liberté d'association et le droit de ne pas être victime de discrimination. Dans les deux cas, le législateur compétent a donné suite à une décision de principe de reconnaître la primauté de certains groupes en raison des points de vue particuliers épousés par ceux-ci ou des activités particulières qu'ils exercent. Par conséquent, l'analyse qu'a faite le juge McIntyre de l'objectif de principe visé par l'art. 22 du Code de la Colombie-Britannique s'applique

of association of specified groups. A municipality is not such a group.

The remaining words of the second branch of s. 20 reinforce this view of the limited purpose of the statutory exception:

20. A distinction, exclusion or preference . . . justified by the charitable, philanthropic, religious, political or educational nature of a non-profit institution or of an institution devoted exclusively to the well-being of an ethnic group, is deemed non-discriminatory. [Emphasis added.]

The policy reasons for protecting the non-profit institutions in the first part of the sentence are the same as those for the protection of the institutions devoted to the well-being of ethnic groups. The group vocation of these institutions explains why they are deserving of protection.

I have said that s. 20 is designed to allow individuals the freedom to associate in groups for the purpose of expressing particular views or engaging in particular pursuits. How does one determine which of these groups are protected? In the B.C. Code, considered in *Caldwell*, the legislator is explicit: the organization protected by s. 22 must have had "as a primary purpose the promotion of the interests and welfare of an identifiable group or class of persons characterized by a common race, religion, age, sex, marital status, political belief, colour, ancestry or place of origin". I am of the view that this pre-condition is implicit in s. 20 given that it is specifically designed to counter the s. 10 guarantee in a group context. One Quebec decision endeavours to explain the second branch of s. 20 in this important respect. In *Commission des droits de la personne du Québec v. Québec (Ville de)*, *supra*, Rioux J. of the Superior Court noted (at pp. 249-50):

[TRANSLATION] It is understandable that an institution devoted to, for example, the protection or promotion

mutatis mutandis à l'art. 20 de la *Charte* québécoise. Le juge McIntyre a souligné le droit d'association dont jouissent certains groupes. Une municipalité n'est pas un tel groupe.

^a Le reste du texte du second volet de l'art. 20 renforce cette opinion quant à l'objet limité de l'exception prévue par la Loi:

20. Une distinction, exclusion ou préférence [...] justifiée par le caractère charitable, philanthropique (*sic*), religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique est réputée non discriminatoire. [Je souligne.]

^c Les raisons de principe qui militent en faveur de la protection des institutions sans but lucratif visées dans la première partie de la phrase sont les mêmes que celles qui militent en faveur de la protection des institutions vouées au bien-être de groupes ethniques. C'est cette vocation à l'égard d'un groupe qui fait que ces institutions méritent la protection.

^e J'ai déjà dit que l'art. 20 vise à accorder aux individus la liberté de s'associer afin d'exprimer des opinions particulières ou d'exercer des activités particulières. Or, comment déterminer lesquels de ces groupes bénéficient de cette protection? Dans le Code de la Colombie-Britannique, dont il était question dans l'affaire *Caldwell*, le législateur est explicite: l'organisme protégé par l'art. 22 doit avoir «pour objectif principal la promotion des intérêts et du bien-être d'une catégorie ou d'un groupe identifiable de personnes caractérisées par la communauté de race, de religion, d'âge, de sexe, d'état matrimonial, de convictions politiques, de couleur, d'ascendance ou de lieu d'origine». À mon avis, cette condition préalable se dégage implicitement de l'art. 20 étant donné qu'il est expressément conçu pour rendre inapplicable à un groupe la garantie accordée par l'art. 10. Il y a une décision québécoise qui tente d'expliquer le second volet de l'art. 20 à cet important point de vue. Dans l'affaire *Commission des droits de la personne du Québec c. Québec (Ville de)*, précitée, le juge Rioux de la Cour supérieure fait observer (aux pp. 249 et 250):

^j On pourrait comprendre qu'une institution vouée à la défense ou à la promotion d'un groupe social, politique,

of a social, political, ethnic or religious group, may, in its hiring practices, favour persons who belong to that group: but this does not mean that the exception permits the employer to engage in all conceivable types of discrimination. Accordingly, it may be said that an institution seeking to protect visible racial minorities may favour the hiring of members of those visible racial minorities, but that does not mean the institution is thereby authorized to pay a different salary to one member of its staff as a consequence of his sex or age. The exceptions provided for in s. 20 must be connected exclusively with the nature of the institution which is allowed to engage in a very specific form of discrimination. [Emphasis added.]

It is possible to overstate the connection between the brand of s. 10 discrimination practised by group (i.e., political, religious, sexual orientation, etc.) and the factor which binds members of the group together (i.e., the s. 20 "nature" of the non-profit institution). The "exclusive" relationship between these two factors to which Rioux J. refers should not be interpreted as a requirement that there be a direct relationship. If this were the case, the words "charitable", "philanthropic" and "educational" would have no meaning because they cannot be directly linked to a prohibited ground of discrimination enumerated in s. 10. The appellant makes just such an error of overstatement in its factum:

[TRANSLATION] ... in the context of the Charter of Rights, the protection given to the "political nature" of certain institutions must be understood and interpreted in light of the prohibition against discrimination based on "political beliefs".

It is easy enough to give examples of discriminatory practices which, at first glance, are not directly founded upon the "type" of s. 20 institution which practises them. It is more difficult to discover, from these examples, what the ambit of s. 20 protection should logically be.

A recent Quebec case illustrates that there need not be a direct relationship between the brand of discrimination and the factor which binds members of the institution together. In *Décision C.D.P.—31, supra*, a non-profit institution devoted to the promotion of women's rights did not allow

ethnique ou religieux, par exemple, puisse, à l'embauche, favoriser des personnes faisant partie de ce groupe: ceci ne signifie pas que l'employeur puisse, à la faveur de cette exception, pratiquer toutes les espèces de discrimination qu'on puisse imaginer. Ainsi, on peut affirmer qu'une institution veillant à la protection des gens de couleur peut favoriser à l'embauche des gens de couleur, mais on ne peut prétendre qu'elle est par là même autorisée à accorder un traitement ou un salaire différent à un membre de son personnel en raison de son sexe ou de son âge. Les exceptions prévues à l'article 20 doivent se rattacher exclusivement au caractère de l'institution à qui est permise une forme de discrimination bien déterminée. [Je souligne.]

Il est possible d'exagérer le lien entre le type de discrimination visée par l'art. 10 que pratique un groupe (c.-à-d. la discrimination fondée sur les convictions politiques, la religion, l'orientation sexuelle, etc.) et le facteur qui lie les membres de ce groupe (c.-à-d. le «caractère» au sens de l'art. 20 de l'institution sans but lucratif). Le juge Rioux parle d'un rapport «exclusif» entre ces deux facteurs, mais cela ne doit pas s'interpréter comme une exigence qu'il y ait un rapport direct. Si c'était le cas, les mots «charitable», «philanthropique» et «éducatif» seraient dénués de sens à cause de l'impossibilité d'établir un lien direct entre eux et un motif de discrimination interdit par l'art. 10. L'appelante commet précisément une telle erreur d'exagération quand elle dit dans son mémoire:

... dans le contexte de la Charte des droits, la protection accordée au «caractère politique» de certaines institutions doit être comprise et interprétée en rapport avec la prohibition de la discrimination fondée sur les «convictions politiques».

On peut assez facilement donner des exemples de pratiques discriminatoires qui, de prime abord, n'ont aucun lien direct avec le «type» d'institution visée par l'art. 20 qui a recours à ces pratiques. Il est plus difficile de dégager de ces exemples ce que devrait être en toute logique l'étendue de la protection accordée par l'art. 20.

Une décision québécoise récente démontre qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait un rapport direct entre le type de discrimination et le facteur qui lie les membres de l'institution. Dans la *Décision C.D.P.—31, précitée*, une institution sans but lucratif vouée à la promotion des droits des

the complainant to purchase a ticket to a cultural event organized to celebrate International Women's Day because he was a man. The complainant, an avowed feminist, alleged that the exclusion was discrimination on the basis of sex. The women's group contended that the event was organized for women only in keeping with the objectives of the organization which were [TRANSLATION] "to promote the expression of ideas, views and analyses of an educational, social, cultural, political and economic nature which contribute to the advancement of the status of women in our society". The Commission des droits de la personne, noting at p. 464 that [TRANSLATION] "[t]he applicant's right comes into conflict here with the freedom of association of the mis en cause", held that the discrimination on the grounds of sex was justified by the "political or educational nature" of the non-profit institution under s. 20. In *Décision C.D.P.—31*, there is no direct link between the nature of the institution (political or educational) and the brand of discrimination practised (sex).

While there need not be a direct or exclusive relationship between these factors, I am of the view that there must always be a connection between the brand of discrimination practised and the nature of the institution. As I have said, s. 20 protects the right to associate freely in groups for the purpose of expressing particular views or for engaging in particular pursuits. Section 20 has, however, a limited legislative purpose: it is intended as an answer for "distinctions, exclusions or preferences" which would otherwise be discriminatory under s. 10. It is logical that s. 20 protection only be extended to groups for which the mere fact of associating results in discrimination founded on a s. 10 ground. The institution must have, as a primary purpose, the promotion of the interests and welfare of an identifiable group of persons characterized by a common ground under s. 10: race, colour, sex, pregnancy, sexual orientation, civil status, age, religion, political convictions, language, ethnic or national origin, social condition, or handicap, to cite the enumerated grounds of the amended provision. The institution itself may fall into one or another of the s. 20 types but there

femmes avait refusé de permettre au plaignant, parce qu'il était de sexe masculin, d'acheter un billet pour une activité culturelle organisée afin de célébrer la Journée internationale de la femme. Le plaignant, qui s'affirme féministe, a soutenu que l'exclusion constituait de la discrimination fondée sur le sexe. Le groupe féministe, pour sa part, a fait valoir qu'il s'agissait d'une activité destinée uniquement aux femmes conformément aux objectifs de l'organisme qui étaient de «Promouvoir l'expression des idées, conceptions et analyses à caractère éducatif, social, culturel, politique et économique qui vont dans le sens de l'avancement de la condition des femmes dans notre société». La Commission des droits de la personne, fait remarquer à la p. 464 que «[l]e droit du requérant rencontre ici la liberté d'association de la mise en cause», et conclut que la discrimination fondée sur le sexe était justifiée en vertu de l'art. 20 par le «caractère politique ou éducatif» de l'institution sans but lucratif. Dans la *Décision C.D.P.—31*, il n'y a pas de lien direct entre le caractère de l'institution (politique ou éducatif) et le type de discrimination pratiqué (celle fondée sur le sexe).

Bien que l'existence d'un rapport direct ou exclusif entre ces facteurs ne soit pas requise, j'estime qu'il doit toujours y avoir un lien entre le type de discrimination pratiqué et le caractère de l'institution. Je le redis, l'art. 20 protège le droit de s'associer librement pour exprimer des opinions particulières ou pour exercer des activités particulières. Cet article a toutefois un objet limité, savoir la justification de «distinctions, exclusions ou préférences» qui seraient par ailleurs discriminatoires au sens de l'art. 10. Il est donc logique que les seuls à bénéficier de la protection accordée par l'art. 20 soient les groupes pour qui le simple fait de s'associer entraîne une discrimination fondée sur l'un des motifs énumérés à l'art. 10. L'institution doit avoir pour objectif premier la promotion des intérêts et du bien-être d'un groupe identifiable de personnes partageant une des caractéristiques énoncées à l'art. 10: la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale ou un handicap, qui sont les motifs de discrimination énumérés dans la version modifiée de l'art. 10.

must always be a congruence between a primary group purpose and the s. 10 ground of discrimination practised. For example, the “political or educational” institution in *Décision C.D.P.—31* has, as a primary purpose, the promotion of the interests and welfare of an identifiable group of persons characterized by their sex. A similar connection is evident for the example I cited of a group of benefactors buying an apartment building for senior citizens only. The non-profit housing company, a “charitable” institution, promotes the interests and welfare of an identifiable group of persons characterized by their advancing age. Whether these exclusions are “justified” is, as I have said, a question separate from the applicability of the second branch. But in each of these cases, and indeed in every case in which s. 20 may be invoked, the *Charter* protects the freedom of association of a non-profit institution which promotes the interests and welfare of an identifiable group of persons characterized by a factor enumerated in s. 10.

An examination of similar exceptions in other Canadian human rights statutes confirms this view of the underlying policy of the second branch of s. 20. In provinces where such exceptions exist, each provision is worded differently and has a slightly differing scope. In some statutes, the *bona fide* occupational requirement exception is combined with the group rights exception. The nature of the group rights exception does vary considerably from province to province but the essence of the protection afforded groups and the reason for this protection remain the same.

In Ontario, for example, ss. 17 and 23 of the *Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, allow for a similar exception based on the same policy justification. Section 17 states:

L’institution elle-même peut relever de l’une ou l’autre des catégories prévues à l’art. 20, mais il doit toujours y avoir un lien entre l’un des objectifs premiers visés par le groupe et la discrimination fondée sur l’un des motifs énoncés à l’art. 10. Par exemple, l’institution de caractère «politique ou éducatif» dont il est question dans la *Décision C.D.P.—31* a pour objectif premier de promouvoir les intérêts et le bien-être d’un groupe identifiable de personnes caractérisées par leur sexe. Un lien analogue existe de toute évidence dans l’exemple que j’ai déjà donné d’un groupe de bienfaiteurs qui achètent un immeuble d’appartements dans l’intention de le mettre à la disposition uniquement de personnes du troisième âge. La société d’habitation sans but lucratif est une institution «charitable» qui s’occupe de la promotion des intérêts et du bien-être d’un groupe identifiable de personnes caractérisées par leur âge avancé. Quant à savoir si ces exclusions sont «justifiées», voilà une question qui, je le répète, est distincte de celle de l’applicabilité du second volet. Mais dans chacun de ces cas et, en fait, dans chaque cas où l’art. 20 peut être invoqué, la *Charte* protège la liberté d’association d’une institution sans but lucratif qui veille à promouvoir les intérêts et le bien-être d’un groupe identifiable de personnes caractérisées par l’un des facteurs énumérés à l’art. 10.

L’examen d’exceptions semblables contenues dans d’autres lois canadiennes en matière de droits de la personne confirme cette opinion concernant la politique qui sous-tend le second volet de l’art. 20. Dans les provinces où de telles exceptions existent, les dispositions qui les prévoient sont formulées différemment et ont une portée légèrement différente. Certaines lois conjuguent l’exception relative à l’exigence professionnelle réelle à celle relative aux droits de groupes. Or, la nature de cette exception relative aux droits de groupes varie considérablement d’une province à l’autre, mais l’essence de la protection offerte aux groupes et la raison de cette protection demeurent les mêmes.

En Ontario, par exemple, les art. 17 et 23 du *Code des droits de la personne*, L.O. 1981, chap. 53, prévoient une exception analogue fondée sur la même justification de principe. L’article 17 porte:

17. The rights under Part I to equal treatment with respect to services and facilities, with or without accommodation, is not infringed where membership or participation in a religious, philanthropic, educational, fraternal or social institution or organization that is primarily engaged in serving the interests of persons identified by a prohibited ground of discrimination is restricted to persons who are similarly identified. [Emphasis added.]

By characterizing the underlying policy of the second branch of s. 20 in this manner, I have also indirectly set the parameters within which the exception can apply. A municipality is not, for example, an institution which promotes the interests and welfare of an identifiable group of persons characterized by a factor enumerated in s. 10. The town does not discriminate in order to promote the free association of members of any such identifiable group.

I am not unaware that, on the basis of my interpretation, other non-profit institutions will also be precluded from invoking this exception. A university, for example, which one would ordinarily think of as a non-profit institution of an educational nature, cannot cite the second branch of s. 20 to justify discriminatory distinctions, exclusions or preferences unless the university has a primary purpose such as the ones described above.

Furthermore, one of the consequences of this view is that a government, be it municipal or provincial, can only invoke the first branch of s. 20 and not the second to justify otherwise discriminatory government policies, such as a policy to combat nepotism. Because of the terms of the first branch are limited to the field of employment, the *Charter* renders government powerless to combat nepotism in fields other than employment where the danger of nepotism is equally serious, such as the granting of subsidies, bids for tender, and sale and purchase of government assets. I consider this to be an unfortunate but unavoidable consequence of the language used by the legislator in s. 20.

17. Ne constitue pas une atteinte à un droit, reconnu dans la première partie, de traitement égal en matière de services et d'installations, avec ou sans logement, le fait qu'un organisme ou groupement religieux, philanthropique, éducatif, social ou d'entraide dont le principal objectif est de servir les intérêts de personnes définies par un motif de discrimination illicite, n'accepte que ces personnes comme membres. [Je souligne.]

En décrivant ainsi la politique qui sous-tend le second volet de l'art. 20, j'ai aussi fixé indirectement les paramètres de l'applicabilité de l'exception. Une municipalité, par exemple, n'est pas une institution dont le rôle consiste à promouvoir les intérêts et le bien-être d'un groupe identifiable de personnes caractérisées par un des facteurs énumérés à l'art. 10. Si en l'espèce la ville exerce la discrimination, ce n'est pas pour favoriser la liberté d'association de membres d'un tel groupe identifiable.

Je me rends compte que mon interprétation aura pour effet d'empêcher d'autres institutions sans but lucratif d'invoquer cette exception. Une université, par exemple, qui serait normalement considérée comme une institution sans but lucratif ayant un caractère éducatif, ne saurait invoquer le second volet de l'art. 20 pour justifier des distinctions, exclusions ou préférences discriminatoires, à moins de compter parmi ses objectifs premiers l'un de ceux susmentionnés.

Ce point de vue a en outre pour conséquence qu'un gouvernement, qu'il soit municipal ou provincial, ne peut invoquer que le premier volet de l'art. 20 et non pas le second pour justifier des politiques gouvernementales par ailleurs discriminatoires, comme par exemple celle visant à combattre le népotisme. Comme le premier volet, de par ses termes, se limite au domaine de l'emploi, la *Charte* rend le gouvernement impuissant à combattre le népotisme dans des domaines autres que celui de l'emploi où le népotisme présente un danger tout aussi grave, notamment en matière d'attribution de subventions, de soumissions et de vente et d'achat de biens du gouvernement. À mon avis, cela est une conséquence regrettable mais inévitable des termes employés par le législateur à l'art. 20.

Given my conclusion that the town is not a non-profit institution of a political nature which cannot avail itself of the second branch of s. 20, the Court need not inquire as to whether the discriminatory hiring policy is "justified" in the circumstances.

It would be useful nonetheless to examine the nature of the justification required under the second branch in general to clarify the ambit of the exception. Ironically, a Superior Court case which adopts the majority finding of the Court of Appeal in the case at bar as to the application of the second branch, calls into question Paré J.A.'s uncritical evaluation of the justification in that case. In *Commission des droits de la personne du Québec v. Ville de Lachine, supra*, at p. 364, Brossard J. noted that:

[TRANSLATION] While it is true that in *Ville de Brossard v. Commission des droits de la personne du Québec* the Court of Appeal confirmed that a municipal corporation was one of the non-profit institutions of a political nature contemplated by the exclusion in s. 20, the Court does not feel that this case applies in the manner suggested by counsel for the respondent. Not only has this decision been the subject of an application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada, but more importantly we do not feel that the opinion of Paré J.A., concurred in by Bernier J.A., with Jacques J.A. dissenting, goes so far as to justify a discriminatory decision made by such a political institution in a manner which is arbitrary. Even though discriminatory, the decision must be justified and to be so it must be logical and objective at the time it was taken. We feel that the limit set by this judgment of the Court of Appeal means only that it is not the role of the Court to weigh the effectiveness of the decision nor to substitute its own findings as to the advisability of the disputed decision for those of the municipal administration. [Emphasis in original.]

I would agree that, as a general rule, the distinction, exclusion or preference practised by the non-profit institution to which the second branch applies must be justified in an objective sense by the particular nature of the institution in question.

Étant donné ma conclusion que la ville n'est pas une institution sans but lucratif ayant un caractère politique et qu'elle ne peut donc pas se prévaloir du second volet de l'art. 20, la Cour n'a pas à se demander si la politique discriminatoire en matière d'embauchage est «justifiée» dans les circonstances.

Il serait néanmoins utile d'examiner la nature de la justification requise aux fins du second volet en général afin de préciser la portée de l'exception. Si ironique que cela puisse paraître, un jugement de la Cour supérieure qui adopte la conclusion tirée par la Cour d'appel à la majorité en l'espèce relativement à l'application du second volet, soulève des questions visant le manque d'évaluation critique de la justification retenue par le juge Paré de la Cour d'appel. En effet, dans l'affaire *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Lachine*, précitée, à la p. 364, le juge Brossard fait remarquer:

S'il est exact que la Cour d'Appel, dans l'arrêt de *Ville de Brossard c. Commission des droits de la personne du Québec* a confirmé qu'une corporation municipale entrant dans le cadre des institutions sans but lucratif à caractère politique visées par l'exclusion de l'article 20, le Tribunal ne croit pas que cet arrêt a la portée que voudrait lui donner le procureur de l'intimée. Non seulement cette affaire fait-elle l'objet d'une requête pour permission d'appel à la Cour suprême du Canada, mais, surtout nous ne croyons pas que l'opinion de l'honorable juge Paré, à laquelle souscrivait l'honorable juge Bernier, l'honorable juge Jacques étant dissident, aille jusqu'à justifier le caractère arbitraire d'une décision discriminatoire qui serait prise par une telle institution politique. Encore faut-il qu'elle soit justifiée, donc qu'elle ait un caractère logique, et objectif, lorsqu'elle est prise. Nous croyons que la limite qui est apportée par cet arrêt de la Cour d'Appel est exclusivement à l'effet qu'il n'appartient pas au Tribunal d'apprécier l'efficacité de la décision ni de substituer ses propres conclusions à celles de l'administration municipale concernant l'opportunité de la décision attaquée. [En italique dans l'original.]

Je suis d'accord qu'en règle générale lorsqu'une institution sans but lucratif, à laquelle s'applique le second volet, fait une distinction ou une exclusion ou accorde une préférence, cette distinction, exclusion ou préférence doit être justifiée au sens objectif par le caractère particulier de cette institution.

V Conclusions

For these reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, restore the judgment of the Superior Court and dismiss the respondent's motion for declaratory judgment, with costs in all courts.

The reasons of Wilson and La Forest JJ. were delivered by

WILSON J.—My colleague, Justice Beetz, has set out in his reasons for judgment (which I have had the benefit of reading) both the facts and the history of this matter and it is not necessary for me to repeat them here. He has found, after an extensive analysis of the relevant legislation and authorities, that Line Laurin was discriminated against by the town under s. 10 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q. 1977, c. C-12, on the basis of her “civil status” and that such discrimination could not be justified under s. 20.

I have no disagreement with my colleague with respect to either his result or his reasons. My object in writing is to deal with an aspect of the town's submission on the issue of justification which, with respect, I do not feel has been directly addressed by my colleague.

According to the evidence given on behalf of the town, the town adopted the no-spouse, no-immediate relative “qualification” for employment for the purpose of enhancing both the reality and the public image of itself as an employer who has adopted and who applies completely impartial hiring practices, i.e., hiring practices which are based exclusively on merit and not at all on preferential treatment accorded to the relatives of persons already on its staff. By this means the town sought to ward off any allegation or suspicion that applicant X got the job because she was related to Y rather than because she was the best-qualified applicant for it. The town's director of personnel in uncontradicted testimony stressed that the town as [TRANSLATION] “a municipality is under public scrutiny” and that the hiring policy was designed to prevent [TRANSLATION] “all appearance of nepotism or favouritism”. As I understood the

V Conclusions

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel, de rétablir la décision de la Cour supérieure et de rejeter la requête de l'intimée pour jugement déclaratoire, avec dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs des juges Wilson et La Forest rendus par

LE JUGE WILSON—Dans ses motifs de jugement (que j'ai eu l'avantage de lire), mon collègue le juge Beetz fait l'historique de l'affaire, de sorte que je n'ai pas à le reprendre ici. À la suite d'une analyse approfondie des dispositions législatives pertinentes et de la jurisprudence, le juge Beetz a conclu que la ville a exercé contre Line Laurin la discrimination fondée sur son «état civil» contrairement à l'art. 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. 1977, chap. C-12, en vigueur au Québec, et que cette discrimination ne pouvait se justifier en vertu de l'art. 20.

Je ne suis en désaccord avec mon collègue ni quant à sa conclusion ni quant aux motifs de celle-ci. Si je rédige moi-même des motifs, c'est pour traiter l'argument de la ville portant sur la question de la justification sous un angle qui, à mon humble avis, n'a pas été directement abordé par mon collègue.

D'après le témoignage rendu pour la ville, celle-ci a imposé l'interdiction d'engager des conjoints et des parents immédiats afin de rehausser aussi bien dans les faits qu'aux yeux du public son image d'employeur qui a adopté et qui suit des pratiques tout à fait impartiales en matière d'embauchage, c.-à-d. des pratiques d'embauchage fondées exclusivement sur le mérite et non pas sur le traitement préférentiel accordé aux parents de personnes déjà à son service. La ville cherchait par ce moyen à parer à toute allégation ou tout soupçon que la postulante X a obtenu un emploi en raison de son lien de parenté avec Y et non pas parce qu'elle était la candidate la plus compétente. Le directeur du personnel de la ville, dans un témoignage qui n'a pas été contesté, a souligné que la ville en tant que «municipalité est exposée aux yeux de tout le monde» et que la politique d'embauchage était destinée à éviter «même toute apparence de népo-

town's position it was fundamental to its submission that its anti-nepotism policy was justifiable under the first part of s. 20 that it was not just any employer, it was a public body accountable as such to the residents of the town for the proper administration of the town's affairs including the adoption and application of impartial hiring policies and practices.

My colleague has dealt with this submission solely on the basis that the town's anti-nepotism policy was a policy designed to avoid conflicts of interest in the hiring of employees and in the performance by employees of their duties once hired or the appearance of such conflicts of interest.

It is my view that to analyze the town's interest in its hiring policies solely in terms of the avoidance of conflicts of interest is to analyze it too narrowly. As already mentioned, I completely agree with my colleague that the anti-nepotism policy represents overkill if the sole purpose was to avoid conflicts of interest or even the reasonable apprehension of such because it applied across the board without exception whether or not there was any actual conflict or potential for conflict involved. Accordingly, I seek to address the town's submission on the broader basis of its claim to enhance the reality and the public image of itself as an employer who has adopted and applies impartial hiring practices and to pose as the relevant question under the first part of s. 20 the following: does the word "qualifications" in s. 20 have a broader meaning having regard to the nature of the employer? Can a municipality prescribe as a qualification for employment something that might not be a legitimate qualification in the case of a private employer? Can it impose an "exclusion" within the meaning of s. 20 based on the fact that it is a public body and accountable as such for all aspects of its administration? Or, putting it in more colloquial terms, is a municipality justified in adopting hiring practices which will ensure that it is, and that it is seen to be, "squeaky clean" in the way it hires its staff? As I under-

tisme, ou de favoritisme». Si je comprends bien, l'élément fondamental de l'argument de la ville, selon lequel sa politique antinépotisme peut se justifier en vertu du premier volet de l'art. 20, est qu'elle n'est pas un employeur comme les autres, qu'elle est un organisme public ayant en tant que tel la responsabilité envers ses habitants d'assurer la saine administration des affaires municipales, ce qui comprend l'adoption et la mise en œuvre de politiques et de pratiques impartiales en matière d'embauchage.

Mon collègue a examiné cet argument en fonction uniquement de l'idée que la politique antinépotisme de la ville visait à éviter les conflits d'intérêts ou l'apparence de tels conflits dans l'embauchage d'employés et dans l'exercice de leurs fonctions par ces employés une fois engagés.

À mon avis, une analyse de l'intérêt de la ville dans ses politiques d'embauchage faite seulement en fonction de son désir d'éviter les conflits d'intérêts est de portée trop étroite. Comme je l'ai déjà dit, je partage entièrement l'avis de mon collègue que la politique antinépotisme est excessive si elle a pour seul objet d'éviter que ne surgissent des conflits d'intérêt ou même l'appréhension raisonnable de tels conflits, parce qu'elle s'applique à tous sans exception, qu'il y ait ou non conflit réel ou possibilité d'un conflit. Par conséquent, mon but est d'aborder l'argument de la ville dans une perspective plus large, c'est-à-dire en fonction de son assertion qu'elle cherchait à rehausser dans les faits et aux yeux du public son image d'employeur qui a adopté et qui suit des pratiques impartiales en matière d'embauchage. La question pertinente à poser aux fins du premier volet de l'art. 20 est celle de savoir si le mot «qualités» employé à l'art. 20 a un sens plus large compte tenu du caractère de l'employeur. Une municipalité peut-elle prescrire comme une qualité pour un emploi quelque chose qui pourrait ne pas constituer une qualité légitime dans les cas d'un employeur privé? Peut-elle imposer une «exclusion» au sens de l'art. 20 compte tenu du fait qu'elle est un organisme public et, partant, comptable de tous les aspects de son administration? Ou encore, pour employer des termes plus familiers, une municipalité est-elle

stand it, the town adopted its anti-nepotism policy precisely for this purpose.

I quite agree with my colleague that if the real objective of the town in adopting its policy was to prevent existing employees from hiring their own relatives or from influencing those who do the hiring to hire their relatives, then this objective would be correctly analyzed in terms of the prevention of conflicts of interest. But I am persuaded that the Town's objective was much broader than that and I think therefore that we must look at that broader objective and decide whether it could provide a justification for the anti-nepotism policy under the first part of s. 20.

What are "qualifications" for a job and can they have regard to the special nature of the employer? If the second branch of s. 20 were not there, could a Roman Catholic school require its teachers to be Roman Catholics and exclude all others regardless of their "qualifications" for the job? In other words, could their identity as Roman Catholics be itself a "qualification" for employment by a Roman Catholic school? Would such "qualification" be justified in the case of a Roman Catholic school even although it would be blatant discrimination on the grounds of religion in the case of another employer? I believe that in light of this Court's decision in *Caldwell v. Stuart*, [1984] 2 S.C.R. 603, such a qualification could be justified to the extent that it is rationally connected to the goals and objectives of the institution.

Coming closer to home, could a municipality which felt under an obligation as a public body to hire members of minorities as opposed to having a totally white Anglo-Saxon or French-Canadian police force make the applicant's race or national origin a "qualification" within the meaning of s. 20? I believe that it could if it *bona fide* believed that the adoption of such a policy was required in

justifiée d'adopter des pratiques d'embauchage destinées à faire en sorte qu'elle soit et qu'elle paraisse «irréprochable» dans sa façon d'engager des employés? Si je comprends bien, c'est précisément dans ce but que la ville a adopté sa politique antinépotisme.

Je suis entièrement d'accord avec mon collègue que si l'objectif véritable visé par la ville en adoptant sa politique était d'empêcher que ses employés n'embauchent leurs parents ou qu'ils n'exercent de l'influence sur les personnes chargées de l'embauchage pour qu'elles le fassent, alors il serait juste d'analyser cet objectif en fonction de la prévention de conflits d'intérêts. Je suis toutefois convaincue que la ville avait en vue un objectif beaucoup plus large et j'estime en conséquence qu'il faut examiner cet objectif plus large et décider s'il peut fournir en vertu du premier volet de l'art. 20 une justification de la politique antinépotisme.

Quelles sont les «qualités» qu'on doit posséder pour un emploi et peuvent-elles être reliées au caractère particulier de l'employeur? Si le second volet de l'art. 20 n'existait pas, une école catholique romaine pourrait-elle exiger que ses enseignants soient des catholiques romains et exclure tous les autres indépendamment des «qualités» qu'ils possèdent pour l'emploi? En d'autres termes, leur identité en tant que catholiques romains pourrait-elle constituer en elle-même une «qualité» requise pour un emploi dans une école catholique romaine? Cette «qualité» serait-elle justifiée dans le cas d'une école catholique romaine même si elle constituait dans le cas d'un autre employeur de la discrimination flagrante fondée sur la religion? À mon avis, compte tenu de l'arrêt de cette Cour *Caldwell c. Stuart*, [1984] 2 R.C.S. 603, une telle qualité pourrait être justifiée dans la mesure où elle présente un lien rationnel avec les buts et les objectifs de l'institution.

Prenons un cas qui se rapproche davantage du présent litige. Une municipalité qui se sentirait obligée en tant qu'organisme public d'engager des membres des minorités plutôt que d'avoir un corps policier composé entièrement d'Anglo-Saxons ou de Canadiens français de race blanche, pourrait-elle faire de la race ou de l'origine nationale du postulant une «qualité» au sens de l'art. 20? Je

order to satisfy its obligation to properly police its particular constituency.

While I readily acknowledge that these are not perfect analogies to what we have in this case, they do highlight the difficulty of the issue and bring into focus the fact that the nature of the employer can be relevant in determining the qualifications which may legitimately be attached to an employment.

I believe that the town's most persuasive argument by way of justification of its anti-nepotism policy is premised on a broader interpretation of the word "qualifications" in s. 20 to take account of the town's status as a public body. I agree with my colleague that the town does not fall within the second branch of s. 20 because of the application of the *ejusdem generis* rule. However, as my colleague points out, that does not preclude the town's status as a public body from being considered under the first branch of the section. The question then is: is the town's policy justified on the ground that a no-spouse, no-immediate relative rule is a "qualification required in good faith" for employment by it because of its status as a public body? The nature of the job applied for and the nature of the job held by any relative, while crucial on the conflict of interest basis of justification, would not be determinative on this question. The issue would be the basis of justification of the policy itself and not the justification of any particular application of it. Relevant factors might include the size of the population of the municipality, the number of public servants it employs, its hiring policies in the past and the public perception of such policies.

There seems to be no doubt on the evidence that the anti-nepotism policy was adopted in good faith by the town to prevent vacancies in its administra-

crois que cela serait possible si la municipalité croyait en toute bonne foi que l'adoption d'une telle politique s'impose pour qu'elle puisse remplir son obligation de maintenir l'ordre sur son territoire.

Je conviens volontiers qu'il n'y a pas une analogie parfaite entre ces exemples et la situation qui se présente en l'espèce, mais ils servent tout de même à faire ressortir la difficulté de la question et à souligner que le caractère de l'employeur peut être pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer les qualités pouvant légitimement être exigées pour un emploi.

À mon avis, l'argument le plus convaincant invoqué par la ville pour justifier sa politique antinépotisme se fonde sur une interprétation plus large du mot «qualités» figurant à l'art. 20, interprétation qui tient compte du fait que la ville est un organisme public. À l'instar de mon collègue, j'estime que la ville ne relève pas du second volet de l'art. 20, et ce, à cause de la règle *ejusdem generis*. Toutefois, comme le fait remarquer mon collègue, cela n'empêche pas d'étudier à la lumière du premier volet du même article la situation de la ville en tant qu'organisme public. La question qui se pose alors est de savoir si la politique de la ville est justifiée pour le motif qu'une règle interdisant l'embauchage de conjoints et de parents immédiats constitue une «qualité» que la ville, en raison de son caractère d'organisme public, «exig[e] de bonne foi» pour obtenir un emploi auprès d'elle. La nature de l'emploi postulé et la nature du poste occupé par un parent, quoique cruciales pour une justification fondée sur le conflit d'intérêts, ne seraient pas déterminantes relativement à cette question. L'analyse porterait sur la justification de la politique elle-même plutôt que sur la justification d'une application particulière de celle-ci. À cet égard, l'importance de la population de la municipalité, le nombre de ses fonctionnaires, ses politiques d'embauchage dans le passé et la perception publique de ces politiques pourraient représenter des facteurs pertinents à prendre en considération.

À la lecture de la preuve, il ne semble faire aucun doute que la politique antinépotisme a été adoptée de bonne foi par la ville pour empêcher

tion from being filled by the relatives of council members or existing staff. The subjective test in s. 20 is, in my view, clearly met. The question then is: was the policy "reasonably necessary" to ensure the integrity of the town's administration or the appearance of such integrity? Unfortunately, there is little, if anything, on the record to assist us in assessing the extent to which the hiring of relatives poses a threat to the integrity of public administration or is perceived as doing so.

I inject here to emphasize that we are not considering whether the hiring of relatives interferes with the performance of the job or reduces the quality of that performance. We may assume that the relatives are the best qualified applicants. We are considering rather whether the hiring of relatives, regardless of their qualifications in the narrower sense, poses a threat to the integrity of the town's administration either in reality or in the public perception.

It seems to me that the hiring of relatives may well pose a threat or be perceived as a threat to the integrity of the town's administration. The town is, after all, expected as a public body to acquire the best people it can for its staff. It should unquestionably be engaging in impartial hiring practices. If there is no anti-nepotism policy and a relative of one council member is hired by the town, every other member of council is apt to think that his or her relative should be hired too. The other applicants, moreover, are apt to feel aggrieved and conclude that under the town's hiring policy "it's not what you know but who you know that counts". The extent of the threat such a hiring practice poses is obviously a matter of degree and should be established by evidence. Were the hiring of relatives to become common practice it could obviously constitute a serious threat. This being so, is it "reasonably necessary" in this case to ban the hiring of relatives entirely or would it adequately serve the purpose if a watchful eye were kept on the situation and discretion exercised in order to keep the hiring of relatives (assuming their ability

que les postes vacants au sein de sa fonction publique ne soient comblés par des parents d'employés actuels ou de membres du conseil municipal. À mon avis, on a manifestement satisfait au critère subjectif de l'art. 20. Cela étant, on doit se demander si cette politique était «raisonnablement nécessaire» pour assurer l'intégrité ou l'apparence d'intégrité de l'administration municipale. Malheureusement, le dossier ne contient rien ou presque rien qui puisse nous aider à déterminer la mesure dans laquelle l'embauchage de parents menace ou paraît menacer l'intégrité de l'administration publique.

Je souligne ici entre parenthèses que nous n'examinons pas si l'embauchage de parents nuit à l'exercice des fonctions ou au rendement qualitatif. On peut supposer que les membres de la parenté sont les postulants les plus qualifiés. Notre tâche consiste plutôt à déterminer si l'embauchage de parents, peu importe les qualités au sens étroit qu'ils possèdent, constitue dans les faits ou aux yeux du public une menace pour l'intégrité de l'administration municipale.

Or, il me semble que l'embauchage de parents peut bien présenter une menace ou être considéré comme présentant une menace pour l'intégrité de l'administration de la ville. On s'attend après tout à ce que la ville en tant qu'organisme public se dote des meilleurs employés possibles. Il ne fait pas de doute que ses pratiques d'embauchage devraient être impartiales. S'il n'y avait pas de politique antinépotisme et qu'un parent d'un membre du conseil municipal se faisait engager par la ville, tous les autres membres du conseil seraient portés à croire qu'un de leurs parents devrait être embauché également. De plus, les autres postulants auraient tendance à se sentir lésés et à conclure que la politique d'embauchage de la ville «tient compte non pas de ce que l'on sait mais de qui l'on connaît.» Il est évident que l'ampleur de la menace présentée par une telle pratique d'embauchage est une question de degré et devrait être établie par la preuve. Si l'embauchage de parents devait devenir une pratique courante, elle pourrait évidemment constituer une menace grave. Dans cette optique, est-il «raisonnablement nécessaire» en l'espèce d'interdire totalement l'embauchage de parents ou suffirait-il de surveiller attentivement la situation

to do the job concerned) within reasonable proportions?

It seems to me that, having regard to the nature of the right which is violated by an anti-nepotism policy, i.e., the right under s. 10 not to be discriminated against, the adoption of a total ban is not "reasonably necessary" in order to avoid a threat to the integrity of the town's administration. The town can avoid the threat by the less drastic means I have suggested.

What about the appearance of integrity? Is a total ban required in order to ensure that? I think not. Obviously, if the hiring of relatives becomes the rule rather than the exception, the perception of "packing" the administration will undermine the public's confidence in the integrity of its senior public officials. But again I think it is a question of degree and of evidence and that a total ban has not been shown to be required in this case. I do not for a moment disagree that an abundance of caution should be exercised by municipalities in order to avoid the appearance of preferential treatment being accorded to the relatives of council members and existing staff. But I think that a total ban goes too far here. The value designed to be protected by anti-discrimination legislation, namely that people be dealt with as individuals and on merit, seems to me to be too important and too fundamental to be overborne by a rigid policy of anti-nepotism if less drastic means are available to protect the integrity of the town's administration and the appearance of such integrity. I think less drastic means are available and could and should have been employed in this case.

For these reasons as well as those of my colleague I would allow the appeal.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Rivest, Castiglio, Castiglio, LeBel & Schmidt, Montréal.

Solicitors for the respondent: Vermette, Dunton, Caron, Rainville & Toupin, Montréal.

et de faire preuve de discernement afin que l'embauchage de parents (à supposer qu'ils aient la compétence requise pour le poste en question) ne prenne pas des proportions déraisonnables?

Il me semble que, compte tenu de la nature du droit violé par une politique antinépotisme, c.-à-d. le droit, garanti par l'art. 10, de ne pas être victime de discrimination, l'adoption d'une interdiction totale n'est pas «raisonnablement nécessaire» pour éviter que l'intégrité de l'administration municipale soit menacée. La ville peut éviter cette menace en recourant aux moyens moins draconiens que j'ai proposés.

Qu'en est-il de l'apparence d'intégrité? Une interdiction totale s'impose-t-elle pour assurer l'apparence d'intégrité? Je ne le crois pas. De toute évidence, si l'embauchage de parents devenait la règle plutôt que l'exception, la perception que l'administration est noyauté saperait la confiance du public dans l'intégrité de ses hauts fonctionnaires. Là encore, j'estime qu'il s'agit d'une question de degré et de preuve et que la nécessité d'une interdiction totale n'a pas été démontrée en l'espèce. Je ne rejette pas pour un instant l'idée que les municipalités se doivent de faire preuve d'une grande prudence afin d'éviter toute apparence d'un traitement préférentiel accordé aux parents d'employés actuels et de membres du conseil municipal. Je crois cependant qu'une interdiction totale est excessive en l'espèce. La valeur destinée à être protégée par la législation antidiscrimination, savoir que les gens doivent être traités en tant qu'individus et selon leur mérite, me paraît trop importante et trop fondamentale pour céder le pas à une politique rigide d'antinépotisme s'il existe des moyens moins radicaux de protéger l'intégrité de l'administration de la ville et d'assurer l'apparence d'une telle intégrité. Selon moi, il y a en effet des moyens moins radicaux auxquels on aurait pu et on aurait dû avoir recours en l'espèce.

Pour ces motifs, ainsi que pour ceux exposés par mon collègue, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Rivest, Castiglio, Castiglio, LeBel & Schmidt, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Vermette, Dunton, Caron, Rainville & Toupin, Montréal.

Guy Paul Morin *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MORIN

File No.: 20449.

1988: June 30; 1988: November 17.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest and Sopinka JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Whether trial judge misdirected jury as to burden of proof — Whether standard of proof beyond reasonable doubt applied to individual pieces of evidence.

Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Whether jury's deliberations involve a two-stage process: the "fact finding" stage and the "verdict" stage — Whether trial judge should instruct jurors to apply standard of proof beyond reasonable doubt at each stage.

Criminal law — Charge to jury — Psychiatric evidence — Evidence tending to show accused's propensity to commit crime — Crown seeking to refer to the psychiatric evidence on the issue of identity — Whether trial judge should have directed the jury to consider the psychiatric evidence on the issue of the identity of the killer.

Evidence — Psychiatric evidence — Admissibility — Evidence tending to show accused's propensity to commit crime — Crown seeking to refer to the psychiatric evidence on the issue of identity — Whether psychiatric evidence admissible if tendered by the Crown — Whether evidence relevant on the issue of identity — Whether evidence admissible as evidence of similar facts.

Criminal law — Appeal from an acquittal — Trial judge misdirected jury as to burden of proof — Crown's duty to satisfy the court that the verdict would not necessarily have been the same if the jury had been properly instructed — New trial ordered by Court of Appeal — Whether Crown had discharged the onus.

* Le Dain J. took no part in the judgment.

Guy Paul Morin *Appellant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: R. c. MORIN

N° du greffe: 20449.

b 1988: 30 juin; 1988: 17 novembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest et Sopinka.

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

c

Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Le juge du procès a-t-il donné des directives erronées au jury quant à la charge de la preuve? — La norme de preuve hors de tout doute raisonnable a-t-elle été appliquée aux éléments de preuve individuels?

Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Y a-t-il deux étapes dans les délibérations du jury: l'étape de la «recherche des faits» et l'étape du «verdict»? — Le juge du procès doit-il dire aux jurés d'appliquer la norme de preuve hors de tout doute raisonnable à chaque étape?

Droit criminel — Exposé au jury — Preuve psychiatrique — Preuve tendant à démontrer la propension de l'accusé à commettre le crime — Tentative de la poursuite de recourir à la preuve psychiatrique relativement à la question de l'identité — Le juge du procès aurait-il dû dire au jury d'examiner la preuve psychiatrique sur la question de l'identité du meurtrier?

Preuve — Preuve psychiatrique — Admissibilité — Preuve tendant à démontrer la propension de l'accusé à commettre le crime — Tentative de la poursuite de recourir à la preuve psychiatrique relativement à la question de l'identité — La preuve psychiatrique est-elle admissible si elle est présentée par la poursuite? — La preuve est-elle pertinente relativement à la question de l'identité? — La preuve est-elle admissible en tant que preuve de faits similaires?

Droit criminel — Appel d'un acquittement — Directives erronées quant à la charge de la preuve — Obligation de la poursuite de convaincre la cour que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le jury avait reçu des directives appropriées — Nouveau procès ordonné par la Cour d'appel — La poursuite s'était-elle acquittée de son obligation?

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

Practice — Supreme Court of Canada — Introduction of fresh evidence — Procedure to follow.

The appellant was acquitted on a charge of first degree murder of a nine-year-old girl. On appeal, the Court of Appeal unanimously found (1) that the trial judge erred in his charge when he invited the jury to apply the criminal standard of proof beyond a reasonable doubt to individual pieces of evidence; and (2) that he ought to have directed the jury that certain evidence elicited on the Crown's examination of the defence psychiatrist, tending to show that both the perpetrator and the appellant shared abnormal traits, was relevant on the issue of identity. The Court also rejected appellant's application to admit fresh evidence, in affidavit form, of the psychiatrist's explanation of the answers given on examination. This fresh evidence supported the contention that the evidence was not relevant on the issue of identity. In light of the seriousness of the errors, the majority of the Court of Appeal ordered a new trial. In this Court, the appellant submitted that the charge, when read as a whole, did not invite a piecemeal examination of the evidence and that the Court of Appeal failed to recognize a two-stage process in the deliberation of the jury, each of which attracts the application of the doctrine of reasonable doubt. The appellant submitted that in the "fact finding" stage, the evidence must be examined in relation to the other evidence but, having been so examined, it must individually meet the test of proof beyond a reasonable doubt. At the verdict stage, the jury looks at all the evidence which it has accepted and determines whether this evidence as a whole establishes the guilt of the accused beyond a reasonable doubt. He also submitted that the evidence of the psychiatrist on examination did not establish the necessary nexus between the perpetrator and the appellant to be admissible, if such evidence is ever admissible for the prosecution; and finally, that the Court of Appeal erred in dismissing his application to admit fresh evidence.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and McIntyre, La Forest and Sopinka JJ.: It is misdirection to instruct the jury to apply the standard of reasonable doubt to individual pieces of evidence. In this case, the jury would likely have concluded from the trial judge's charge read as a whole that, in examining the evidence, they were to give the appellant the benefit of the doubt in respect of any evidence. The effect of the misdirection may very well

Pratique — Cour suprême du Canada — Présentation d'une nouvelle preuve — Procédure applicable.

L'appellant a été acquitté du meurtre au premier degré d'une fillette de neuf ans. En appel, la Cour d'appel a conclu à l'unanimité (1) que le juge du procès avait commis une erreur dans son exposé lorsqu'il a invité le jury à appliquer la norme de preuve criminelle hors de tout doute raisonnable à des éléments de preuve individuels; et (2) qu'il aurait dû dire au jury que certains éléments de preuve tirés de l'interrogatoire d'un psychiatre de la défense par la poursuite, tendant à démontrer que l'auteur du crime et l'appellant partageaient des traits de caractère anormaux, étaient pertinents relativement à la question de l'identité. La Cour a également rejeté la demande présentée par l'appelant pour faire admettre une nouvelle preuve sous forme d'affidavit dans laquelle le psychiatre expliquait les réponses données à l'interrogatoire. Cette dernière appuyait l'argument que la preuve n'était pas pertinente relativement à la question de l'identité. Compte tenu de la gravité des erreurs, la Cour d'appel à la majorité a ordonné la tenue d'un nouveau procès. En cette Cour, l'appelant a allégué que l'exposé, lu dans son ensemble, n'invitait pas à un examen de la preuve élément par élément et que la Cour d'appel n'a pas reconnu l'existence d'un processus en deux étapes dans les délibérations du jury, dont chacune commande l'application de la doctrine du doute raisonnable. L'appelant a allégué qu'à l'étape de la «recherche des faits» les éléments de preuve doivent être examinés les uns par rapport aux autres mais, après cet examen, chacun doit, individuellement, passer le test de la preuve hors de tout doute raisonnable. À l'étape du verdict, le jury examine tous les éléments de preuve qu'il a retenus et détermine si ces éléments, dans leur ensemble, établissent la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. Il a également allégué que les éléments de preuve tirés de l'interrogatoire du psychiatre n'établissaient pas le lien nécessaire entre l'auteur du crime et l'appelant pour qu'ils soient admissibles, si tant est qu'ils le soient pour la poursuite et, enfin, que la Cour d'appel a commis une erreur en rejetant sa demande de production d'une nouvelle preuve.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, La Forest et Sopinka: Constitue une directive erronée que de dire au jury d'appliquer la norme de preuve hors de tout doute raisonnable à des éléments de preuve individuels. En l'espèce, l'exposé du juge du procès lu dans son ensemble aurait vraisemblablement amené le jury à conclure qu'en examinant la preuve il devait accorder à l'appelant le bénéfice du doute à l'égard de

have been that the jury examined evidence that was crucial to the Crown's case in bits and pieces. Standing alone or pitted against the evidence of the appellant without the support of other evidence, much of this evidence might have been discarded. When the jury came to consider the Crown's case as a whole there may not have been very much left of it. This scenario is a very likely one and the charge therefore constituted a serious misdirection.

It is also misdirection to instruct the jury to apply the criminal standard at two stages as submitted. The two-stage application of the criminal standard is wrong in principle because the function of a standard of proof is not the weighing of individual items of evidence but the determination of ultimate issues. Furthermore, it would require the individual member of the jury to rely on the same facts in order to establish guilt. The law is clear on this point: the members of the jury can arrive at their verdict by different routes and need not rely on the same facts. Indeed, the jurors need not agree on any single fact except the ultimate conclusion. During the process of deliberation, the jury must consider the evidence as a whole and determine whether guilt is established by the prosecution beyond a reasonable doubt. This of necessity requires that each element of the offence or issue be proved beyond a reasonable doubt. Beyond this injunction, it is for the trier of fact to determine how to proceed and a trial judge should not lay down additional rules for the weighing of the evidence. But there are two exceptions: (1) a jury should be instructed that the facts are not to be examined separately and in isolation with reference to the criminal standard; and (2) where issues of credibility arise between the evidence for the prosecution and the defence, the jury should be charged that it is not necessary for them to believe the defence evidence on a vital issue but that it is sufficient if it, viewed in the context of all the evidence, leaves them in a state of reasonable doubt as to the accused's guilt.

The trial judge was right in instructing the jury that the evidence elicited on the Crown's examination of the defence psychiatrist was inadmissible as proof of identity. The Court of Appeal erred in directing a new trial on this ground. Conduct tending to establish that the appellant is a member of an abnormal group with the same propensities as the perpetrator is insufficient to render the evidence admissible as similar fact evidence. There

toute preuve. Il est très possible que la directive erronée ait amené le jury à examiner de façon fragmentée des éléments de preuve qui étaient décisifs pour la poursuite. Pris isolément ou comparés au témoignage de l'appelant sans l'appui d'autres témoignages, plusieurs de ces éléments de preuve ont pu être écartés. Lorsque le jury est arrivé à l'examen de la preuve de la poursuite prise dans son ensemble, il se peut qu'il n'en soit pas resté grand-chose. Cette situation est très vraisemblable et l'exposé constituait donc une directive erronée aux conséquences sérieuses.

Constitue également une directive erronée que de dire au jury d'appliquer la norme en matière criminelle aux deux étapes, comme on l'a allégué. L'application en deux étapes de la norme en matière criminelle est erronée en principe parce que le rôle d'une norme de preuve n'est pas de permettre l'appréciation des éléments de preuve individuels, mais de rendre une décision sur des questions finales. De plus, il faudrait que chacun des jurés se fonde sur les mêmes faits pour établir la culpabilité. Le droit est clair sur ce point: les jurés peuvent arriver à leur verdict par des moyens différents et ils ne sont pas tenus de se fonder sur les mêmes faits. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que les jurés soient d'accord sur chaque fait individuel, pourvu qu'ils le soient sur la conclusion finale. Pendant les délibérations, le jury doit examiner la preuve comme un tout et décider si la poursuite a établi la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Cela exige nécessairement que chaque élément de l'infraction ou du point en litige ait été prouvé hors de tout doute raisonnable. Cette exigence mise à part, il appartient au juge des faits de décider comment procéder et le juge du procès ne devrait pas imposer de règles supplémentaires pour l'appréciation de la preuve. Il y a toutefois deux exceptions: (1) on devrait dire au jury que les faits ne doivent pas être examinés séparément et isolément en regard de la norme en matière criminelle; et (2) lorsqu'il se pose des questions de crédibilité entre la preuve à charge et à décharge, il convient de dire au jury qu'il n'est pas nécessaire qu'il croie la preuve à décharge sur une question fondamentale, mais qu'il suffit que, considérée dans le contexte de toute la preuve, elle le laisse dans un état de doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé.

Le juge du procès a eu raison de dire au jury que la preuve obtenue au cours de l'interrogatoire du psychiatre de la défense par la poursuite n'était pas admissible comme preuve de l'identité. La Cour d'appel a erré en ordonnant un nouveau procès pour ce motif. Une conduite tendant à établir que l'accusé fait partie d'un groupe anormal qui a les mêmes propensions que l'auteur du crime ne suffit pas pour rendre la preuve

must be some further distinguishing features. The prof-
ferred evidence must tend to show that there was some
striking similarity between the manner in which the
perpetrator committed the criminal act and such evi-
dence. Apart from that requirement, such evidence will
also be excluded if its prejudicial effect overbears its
probative value.

The admission of psychiatric evidence tendered by the
Crown tending to show disposition should be subject to
the same test. Accordingly, it is only admissible where it
is relevant to an issue in the case apart from its tendency
to show disposition and, if it is relevant to that issue,
where its probative value outweighs its prejudicial
effect. If the evidence sole relevance or primary rele-
vance is to show disposition, then the evidence must be
excluded. In order to be relevant on the issue of identity,
the evidence must tend to show that the accused shared
a distinctive unusual behavioural trait with the perpetra-
tor of the crime. The trait must be sufficiently distinc-
tive that it operates virtually as a badge or mark identi-
fying the perpetrator. In this case, the fact that the
appellant was a member of an abnormal group, some of
whose members have the unusual behavioural character-
istics shown to have been possessed by the perpetrator,
was not sufficient.

Given the conclusion with respect to the second
ground, the ground of appeal relating to the Court of
Appeal's refusal to permit the introduction of fresh
evidence need not be considered. Nevertheless, a party
who intends to introduce fresh evidence in the argument
of an appeal in this Court should apply by motion to this
Court for an order admitting the new evidence. The
application should be supported by an affidavit estab-
lishing the pre-conditions for the reception of such evi-
dence. If this procedure is adopted when the Court of
Appeal has refused to hear the evidence, a motion can
be made to this Court in advance of the appeal to
determine whether it will hear the evidence. Nothing is
gained by making the Court of Appeal's refusal a
ground of appeal since the criteria for admissibility of
the evidence are precisely the same in this Court as in
the Court of Appeal.

On an appeal from an acquittal, it is the duty of the
Crown to satisfy the court that the verdict would not
necessarily have been the same if the jury had been
properly instructed. The burden is a heavy one and the
Crown must satisfy the court with a reasonable degree
of certainty. The charge with respect to the burden of
proof lays down for the jury one of the most fundamen-
tal rules of criminal trial process. If the jury accepted

admissible en tant que preuve de faits similaires. Il doit
y avoir d'autres caractéristiques distinctives. La preuve
offerte doit tendre à démontrer qu'il y a des similitudes
frappantes entre la manière dont l'auteur du crime a
commis l'acte criminel et cette preuve. Indépendamment
de cette exigence, cette preuve sera aussi exclue si son
effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante.

Il faut soumettre au même test l'admission d'une
preuve psychiatrique présentée par la poursuite qui tend
à démontrer une disposition. Par conséquent, elle n'est
admissible que si elle est pertinente relativement à un
point litigieux de l'affaire, indépendamment de sa ten-
dence à démontrer une disposition, et, si elle est perti-
nente relativement à ce point, lorsque sa valeur probante
l'emporte sur son effet préjudiciable. Si l'unique perti-
nence ou la pertinence principale de la preuve est de
démontrer une disposition, alors il faut exclure la
preuve. Pour être pertinente relativement à la question
de l'identité, la preuve doit tendre à démontrer que
l'accusé partageait avec l'auteur du crime un trait de
comportement distinctif inhabituel. Le trait doit être
distinctif au point d'agir presque comme une étiquette
ou une marque qui identifie l'auteur du crime. En
l'espèce, l'appartenance de l'appelant à un groupe anor-
mal dont certains membres présentent des caractéristi-
ques de comportement inhabituelles que possédait l'au-
teur du crime, n'est pas suffisante.

Vu la conclusion sur le second moyen, il est inutile
d'examiner le moyen d'appel portant sur le refus de la
Cour d'appel de permettre la présentation d'une nouvelle
preuve. Néanmoins, une partie, qui a l'intention de
présenter une nouvelle preuve au cours des plaidoiries
dans un pourvoi devant cette Cour, devrait présenter à
cette Cour une requête en recevabilité d'une nouvelle
preuve. La requête devrait être appuyée d'un affidavit
établissant les conditions préalables à la réception de
cette preuve. Si cette procédure est adoptée quand la
Cour d'appel a refusé de recevoir la preuve, on peut, par
requête adressée à cette Cour avant l'audition du pour-
voi, lui demander si elle la recevra. On ne gagne rien à
faire du refus de la Cour d'appel un moyen d'appel
puisque les critères d'admissibilité de la preuve sont
exactement les mêmes en cette Cour et en Cour d'appel.

En appel d'un acquittement, la poursuite a l'obliga-
tion de convaincre la cour que le verdict n'aurait pas
nécessairement été le même si le jury avait reçu des
directives appropriées. Il s'agit d'une lourde charge et la
poursuite doit convaincre la cour avec un degré raison-
nable de certitude. L'exposé sur la charge de la preuve
présente au jury une des règles les plus fondamentales
du procès criminel. Si le jury a accepté la directive et

the instruction and examined the evidence separately, subjecting each item to the standard of proof beyond a reasonable doubt, then the whole process of decision was distorted and there was no proper trial of the appellant. Therefore, the Crown discharged the onus. Given the cogency of the evidence, there was the requisite degree of certainty that the verdict would not necessarily have been the same if the proper instruction had been given.

Per Lamer and Wilson JJ.: Reasonable doubt plays two distinct roles in the criminal trial process. First, at the primary level, the facts upon which the jury rely in order to arrive at a determination of guilt must be established beyond a reasonable doubt. This means that the jury must be satisfied, within the context of all the facts of the case, that each of the facts they rely on for a finding of guilt has been proved beyond a reasonable doubt. After looking at the context of all the facts, if the jury still has a reasonable doubt about a particular fact, this doubt must be resolved in favour of the accused and that piece of evidence rejected. At the second level, reasonable doubt operates in the determination of guilt or innocence. The jury must look at the totality of the evidence and determine whether on the proved facts, i.e., on those facts which have survived the scrutiny at the primary level, the accused is guilty. If there remains a reasonable doubt as to the accused's guilt, the doubt must be resolved in favour of the accused and a verdict of not guilty entered.

In this case, while the trial judge was correct to direct the jury not to use facts that were not proved beyond a reasonable doubt in order to found a conviction, he erred in suggesting that each fact should be assessed in isolation from the others. The trial judge should have instructed the jury that in their ultimate determination of guilt they could rely only on facts which, when assessed in the context of all the facts, they found to have been proved beyond a reasonable doubt; that they must not make a finding of guilt on doubtful facts; and, that facts, which might seem doubtful when viewed in isolation, might become completely credible against the backdrop of all the other facts.

The Court of Appeal erred also on this point when it indicated that the only thing that must be proved beyond a reasonable doubt was the guilt of the accused. The implication of the Court of Appeal's judgment is that the facts underlying this conclusion do not themselves need to be proved beyond a reasonable doubt. This is wrong. It gives the jury no guidance as to what standard of proof it must apply to the "fact finding" exercise. In the absence of direction they might apply a

examiné les éléments de preuve séparément, soumettant chacun à la norme de preuve hors de tout doute raisonnable, alors tout le processus de décision a été faussé et l'appelant n'a pas eu un procès régulier. Par conséquent, la poursuite s'est acquittée de la charge qui lui incombait. Étant donné la force de la preuve, la Cour a le degré requis de certitude que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si la directive appropriée avait été donnée.

Les juges Lamer et Wilson: Le doute raisonnable joue deux rôles distincts dans un procès criminel. D'abord, au premier niveau, les faits sur lesquels se fonde le jury pour arriver à un verdict de culpabilité doivent être établis hors de tout doute raisonnable. Cela signifie que le jury doit être convaincu, dans le contexte de tous les faits de la cause, que chacun des faits sur lesquels il se fonde pour conclure à la culpabilité a été prouvé hors de tout doute raisonnable. Si, après avoir examiné le contexte de tous les faits, le jury a encore un doute raisonnable sur un fait particulier, ce doute doit profiter à l'accusé et cet élément de preuve doit être rejeté. Au second niveau, le doute raisonnable joue un rôle dans la détermination de la culpabilité ou de l'innocence. Le jury doit examiner la totalité de la preuve et déterminer si, suivant les faits établis, c.-à-d. suivant les faits qui ont résisté à l'examen au premier niveau, l'accusé est coupable. S'il subsiste un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé, le doute doit profiter à l'accusé et il faut inscrire un verdict de non-culpabilité.

En l'espèce, bien que le juge du procès ait eu raison de dire au jury de ne pas utiliser de faits qui n'étaient pas établis hors de tout doute raisonnable pour rendre un verdict de culpabilité, il a commis une erreur en indiquant que chaque fait devait être apprécié isolément. Il aurait dû dire au jury que, dans sa conclusion finale de culpabilité, il ne pouvait se fonder que sur des faits qui, lorsqu'ils étaient appréciés dans le contexte de tous les faits, avaient selon lui été prouvés hors de tout doute raisonnable; qu'il ne devrait pas tirer une conclusion de culpabilité de faits douteux et que des faits qui pourraient sembler douteux pris isolément pouvaient devenir tout à fait crédibles en regard de la toile de fond des autres faits.

La Cour d'appel a également commis une erreur sur ce point lorsqu'elle a indiqué que la seule chose qui devait être prouvée hors de tout doute raisonnable était la culpabilité de l'accusé. Le jugement de la Cour d'appel a clairement comme conséquence que les faits qui sous-tendent cette conclusion n'ont pas eux-mêmes à être prouvés hors de tout doute raisonnable. C'est faux. Cela ne fournit au jury aucune indication quant à la norme de preuve qu'il doit appliquer à l'exercice de la

balance of probabilities or even less stringent test. The jury must be instructed that in making a determination as to the guilt of the accused they must have resort only to facts which, when assessed in the context of all the facts, have been proved to their satisfaction beyond a reasonable doubt.

Cases Cited

By Sopinka J.

Referred to: *Stewart v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 748; *R. v. Bouvier* (1984), 11 C.C.C. (3d) 257 (Ont. C.A.), aff'd [1985] 2 S.C.R. 485; *R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546; *Nadeau v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 570; *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652, aff'g (1986), 24 C.C.C. (3d) 449 (Sask. C.A.); *R. v. Van Beelen* (1973), 4 S.A.S.R. 353; *Thomas v. The Queen*, [1972] N.Z.L.R. 34; *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421; *R. v. Taylor* (1982), 66 C.C.C. (2d) 437; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Glynn* (1971), 5 C.C.C. (2d) 364; *R. v. Lupien*, [1970] S.C.R. 263; *R. v. McMillan* (1975), 23 C.C.C. (2d) 160 (Ont. C.A.), aff'd [1977] 2 S.C.R. 824; *R. v. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385; *R. v. Speid* (1985), 20 C.C.C. (3d) 534; *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *R. v. Lynch, Malone and King* (1978), 40 C.C.C. (2d) 7; *R. v. Moreau* (1986), 26 C.C.C. (3d) 359; *R. v. Agbim*, [1979] *Crim. L.R.* 171.

By Wilson J.

Applied: *Chamberlain v. The Queen*, [1984] 58 A.L.J.R. 133; **referred to:** *Nadeau v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 570; *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652; *R. v. Van Beelen* (1973), 4 S.A.S.R. 353.

Authors Cited

Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 9. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1981.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1987), 21 O.A.C. 38, 36 C.C.C. (3d) 50, allowing the Crown's appeal from the acquittal of the accused on a charge of first degree murder and ordering a new trial. Appeal dismissed.

«recherche des faits». En l'absence de directive, il pourrait appliquer la norme de prépondérance des probabilités ou un critère encore moins sévère. Il faut dire au jury que, dans l'examen de la culpabilité de l'accusé, il doit utiliser seulement les faits qui, évalués dans le contexte de tous les faits, ont été établis à sa satisfaction hors de tout doute raisonnable.

Jurisprudence

^b Citée par le juge Sopinka

Arrêts mentionnés: *Stewart c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 748; *R. v. Bouvier* (1984), 11 C.C.C. (3d) 257 (C.A. Ont.), conf. [1985] 2 R.C.S. 485; *R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546; *Nadeau c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 570; *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652, conf. (1986), 24 C.C.C. (3d) 449 (C.A. Sask.); *R. v. Van Beelen* (1973), 4 S.A.S.R. 353; *Thomas v. The Queen*, [1972] N.Z.L.R. 34; *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421; *R. v. Taylor* (1982), 66 C.C.C. (2d) 437; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. v. Glynn* (1971), 5 C.C.C. (2d) 364; *R. c. Lupien*, [1970] R.C.S. 263; *R. v. McMillan* (1975), 23 C.C.C. (2d) 160 (C.A. Ont.), conf. [1977] 2 R.C.S. 824; *R. v. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385; *R. v. Speid* (1985), 20 C.C.C. (3d) 534; *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. v. Lynch, Malone and King* (1978), 40 C.C.C. (2d) 7; *R. v. Moreau* (1986), 26 C.C.C. (3d) 359; *R. v. Agbim*, [1979] *Crim. L.R.* 171.

Citée par le juge Wilson

Arrêt appliqué: *Chamberlain v. The Queen*, [1984] 58 A.L.J.R. 133; **arrêts mentionnés:** *Nadeau c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 570; *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652; *R. v. Van Beelen* (1973), 4 S.A.S.R. 353.

Doctrine citée

^h Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 9. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1981.

^j POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1987), 21 O.A.C. 38, 36 C.C.C. (3d) 50, qui a accueilli l'appel de la poursuite contre l'acquiescement de l'accusé relativement à une accusation de meurtre au premier degré et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Clayton Ruby and Michael Code, for the appellant.

David Fairgrieve and Laurie Vechter, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and McIntyre, La Forest and Sopinka J.J. was delivered by

SOPINKA J.—This case illustrates once again the hazards in attempting to amplify the application of the principle that in a criminal case all elements of the charge must be proved by the prosecution beyond a reasonable doubt.

On February 7, 1986, Guy Paul Morin was acquitted on a charge of first degree murder of Christine Jessop, allegedly committed between October 2, 1984 and January 1, 1985.

The appellant entered a plea of not guilty at trial. His position was that he was not the killer, but in the alternative, if he was the killer he was not guilty by reason of insanity.

The evidence at trial was reviewed in some detail in the reasons of the Court of Appeal, now reported at (1987), 36 C.C.C. (3d) 50 (Ont.), and need not be repeated here.

The Crown appealed the acquittal to the Court of Appeal on the basis of two alleged errors in the charge to the jury. The Court of Appeal was unanimous that the jury had been misdirected in the following respect:

(i) Standard of Proof

The trial judge invited the jury to apply the criminal standard of proof beyond a reasonable doubt to individual pieces of evidence.

(ii) Psychiatric Evidence

That the trial judge ought to have directed the jury that certain evidence elicited on examination from a defence psychiatrist, Dr. Orchard, tending to show that both the perpetrator and the appellant shared abnormal traits, was relevant on the issue of identity.

Clayton Ruby et Michael Code, pour l'appellant.

David Fairgrieve et Laurie Vechter, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges McIntyre, La Forest et Sopinka rendu par

LE JUGE SOPINKA—La présente affaire illustre encore une fois les dangers que comporte la tentative d'étendre l'application du principe que, dans une affaire criminelle, la poursuite doit prouver tous les éléments de l'accusation hors de tout doute raisonnable.

Le 7 février 1986, Guy Paul Morin a été acquitté du meurtre au premier degré de Christine Jessop, meurtre qui aurait été commis entre le 2 octobre 1984 et le 1^{er} janvier 1985.

Au procès, l'appellant a inscrit un plaidoyer de non-culpabilité. Il a affirmé qu'il n'était pas le meurtrier, mais que, subsidiairement, s'il l'était, il n'était pas coupable pour cause d'aliénation mentale.

Les éléments de preuve offerts au procès ont été examinés assez en détail dans les motifs de la Cour d'appel, maintenant publiés à (1987), 36 C.C.C. (3d) 50 (Ont.), et n'ont pas besoin d'être repris ici.

La poursuite en a appelé de l'acquiescement, invoquant deux erreurs que comporterait l'exposé au jury. La Cour d'appel a conclu à l'unanimité que le jury avait reçu des directives erronées quant aux aspects suivants:

(i) La norme de preuve

Le juge du procès a invité le jury à appliquer la norme de preuve criminelle hors de tout doute raisonnable à des éléments de preuve individuels.

(ii) La preuve psychiatrique

On allègue que le juge du procès aurait dû dire au jury que certains éléments de preuve tirés de l'interrogatoire d'un psychiatre de la défense, le Dr Orchard, tendant à démontrer que l'auteur du crime et l'appellant partageaient des traits de caractère anormaux, étaient pertinents relativement à la question de l'identité.

The Court of Appeal did not, however, agree on the disposition of the appeal. Brooke and Robins J.J.A. were satisfied that the errors warranted a new trial. Cory J.A. was not satisfied that the Crown had established that the verdict would not necessarily have been the same if the jury had been properly instructed.

In the result, a new trial was directed and that decision is challenged in this appeal.

In outline the submission of the appellant on these two points is:

(i) Standard of Proof

Mr. Ruby submitted that the charge as a whole did not invite a piecemeal examination of the evidence. The Court of Appeal erred in failing to recognize a two-stage process in the deliberation of the jury, each of which attracts the application of the doctrine of reasonable doubt. During the first, or "fact finding" stage, the jury determines "what happened". The evidence must be examined in relation to the other evidence but, having been so examined, it must individually meet the test of proof beyond a reasonable doubt. Only evidence that does so is considered at the next stage.

The second is the guilty, or verdict, stage during which the jury looks at all the evidence which it has accepted and determines whether this evidence as a whole establishes the guilt of the accused beyond a reasonable doubt. It is submitted by the appellant that the charge to the jury was in accordance with the foregoing.

(ii) Psychiatric Evidence

Mr. Code submitted that the evidence of Dr. Orchard on examination did not establish the necessary nexus between the perpetrator and the appellant to be admissible, if such evidence is ever admissible for the prosecution. The evidence obtained did not go beyond evidence of mere disposition and is excluded on policy grounds.

La Cour d'appel n'a cependant pas été unanime sur l'issue de l'appel. Les juges Brooke et Robins étaient convaincus que les erreurs justifiaient la tenue d'un nouveau procès. Le juge Cory n'était pas convaincu que la poursuite avait établi que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le jury avait reçu des directives appropriées.

Finalement la Cour a ordonné un nouveau procès, décision qui est contestée dans le présent pourvoi.

Voici les grandes lignes de l'argument de l'appellant sur ces deux points:

(i) La norme de preuve

M^e Ruby a allégué que l'exposé dans son ensemble n'invitait pas à un examen de la preuve élément par élément. La Cour d'appel a commis une erreur en ne reconnaissant pas l'existence d'un processus à deux étapes dans les délibérations du jury, dont chacune commande l'application de la doctrine du doute raisonnable. Au cours de la première étape, celle de la «recherche des faits», le jury détermine «ce qui s'est passé». Les éléments de preuve doivent être examinés les uns par rapport aux autres mais, après cet examen, chacun doit passer individuellement le test de la preuve hors de tout doute raisonnable. Seuls les éléments qui le passent sont examinés au cours de l'étape suivante.

Au cours de la seconde étape, celle de la culpabilité ou du verdict, le jury examine tous les éléments de preuve qu'il a retenus et décide si ces éléments, dans leur ensemble, établissent la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. L'appellant allègue que l'exposé au jury était conforme à ce qui précède.

(ii) La preuve psychiatrique

M^e Code a allégué que les éléments de preuve tirés de l'interrogatoire du D^r Orchard n'établissaient pas le lien nécessaire entre l'auteur du crime et l'appellant pour qu'ils soient admissibles, si tant est qu'ils le soient pour la poursuite. Les éléments de preuve recueillis ne sont pas autre chose que la preuve d'une simple disposition et ils sont exclus pour des motifs de principe.

Furthermore, even if the evidence possessed the necessary ingredients to establish some nexus between the killer and the appellant, the Court of Appeal erred in failing to balance its probative value as against its prejudicial effect.

In aid of this ground an application had been made to the Court of Appeal to admit fresh evidence in the form of an affidavit of Dr. Orchard explaining the answers given on examination. The Court of Appeal rejected this application without hearing the fresh evidence. The appellant says the Court of Appeal erred and the refusal is put forward as a ground of appeal.

Factual Background

Although a detailed review of the evidence is neither necessary nor, in the circumstances, desirable, a few brief extracts will serve to make the issues more intelligible. The Crown relied, *inter alia*, on the following evidence:

- (i) hair embedded in tissue on a silver chain around the deceased's neck was analyzed scientifically and found to match the hair of the appellant;
- (ii) several hairs in the appellant's car were similarly matched with the hair of Christine Jessop. The appellant denied that Christine Jessop was ever in his car;
- (iii) certain fibres and animal hairs found at the murder scene were matched with fibre and animal hairs found in the appellant's car or residence;
- (iv) statements alleged to have been made by the appellant to one Hobbs, an undercover officer, from which an inference of guilt might be drawn and appellant's demonstration in the Whitby jail in May 1985 of how he repeatedly stabbed his victim;

En outre, même si la preuve possédait les éléments nécessaires pour établir un certain lien entre le meurtrier et l'appelant, la Cour d'appel a commis une erreur en n'appréciant pas sa valeur probante en regard de son effet préjudiciable.

À l'appui de ce moyen, on a demandé à la Cour d'appel d'autoriser la production d'une nouvelle preuve sous forme de l'affidavit du Dr Orchard expliquant les réponses données au cours de l'interrogatoire. La Cour d'appel a rejeté cette demande sans prendre connaissance de la nouvelle preuve. L'appelant prétend que la Cour d'appel a commis une erreur et le refus est avancé comme moyen d'appel.

Les faits

Bien qu'une revue détaillée de la preuve ne soit ni nécessaire ni souhaitable dans les circonstances, quelques brefs extraits nous aideront à mieux comprendre les points en litige. La poursuite s'est notamment fondée sur les éléments de preuve suivants:

- (i) après analyse scientifique, on a constaté que les cheveux trouvés sur la chaîne d'argent que la victime portait autour du cou correspondait aux cheveux de l'appelant;
- (ii) de la même façon, plusieurs cheveux trouvés dans l'auto de l'appelant correspondaient aux cheveux de Christine Jessop. L'appelant a nié que Christine Jessop se soit jamais trouvée dans son auto;
- (iii) certaines fibres et certains poils d'animaux trouvés sur les lieux du meurtre correspondaient à des fibres et à des poils d'animaux trouvés dans l'auto ou dans la résidence de l'appelant;
- (iv) des déclarations que l'appelant aurait faites à un nommé Hobbs, un agent secret, desquelles on aurait pu déduire la culpabilité, et la démonstration faite par l'appelant dans la prison de Whitby en mai 1985 de la façon dont il a poignardé sa victime à plusieurs reprises;

(v) the appellant's admissions and inculpatory statements to two cell-mates, Leyte and May, in the Whitby jail.

The appellant disputed the significance of the expert evidence relating to the samples of hair and fibre. The evidence of Hobbs, Leyte and May was forcefully attacked on the grounds of inaccuracy and lack of credibility. The appellant also put forward an alibi defence, the gist of which was that after leaving work he went shopping and did not return home until after Christine Jessop disappeared.

With respect to the alternative defence of insanity, the appellant called psychiatric evidence including that of Dr. Orchard, a forensic psychiatrist. It was during the examination of this witness by Crown counsel, Mr. Scott, that the evidence which gave rise to the second ground of appeal was elicited.

First Ground: Alleged Misdirection Concerning the Standard of Proof

The appellant submits that the charge, when read as a whole, did not invite the jury to subject individual pieces of evidence to the criminal standard but rather the effect of the charge was that during the "fact finding" stage items of evidence were to be examined in relation to other evidence. The residuum resulting from this process constitutes the "whole of the evidence" from which the jury determines whether guilt has been proved beyond a reasonable doubt.

This argument raises two questions:

- (i) Is the appellant's interpretation of the charge correct?
- (ii) Assuming it is, is it misdirection to instruct the jury to apply the criminal standard at two stages as submitted?

The appellant does not contest that it is misdirection to instruct the jury to apply the standard of reasonable doubt to individual pieces of evidence. There is ample authority for this view: *Stewart v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 748, at pp. 759-61; *R.*

(v) les aveux et les déclarations inculpatives que l'appelant a faits à deux compagnons de cellule, Leyte et May, dans la prison de Whitby.

^a L'appelant a contesté l'importance de la preuve d'expert relative aux échantillons de cheveux et de fibres. Il a vigoureusement attaqué le témoignage de Hobbs, Leyte et May en invoquant leur inexactitude et leur manque de crédibilité. L'appelant a ^b également présenté une défense d'alibi dont le point essentiel était qu'après le travail il est allé faire des courses et n'est revenu chez lui qu'après la disparition de Christine Jessop.

^c En ce qui concerne le moyen de défense subsidiaire d'aliénation mentale, l'appelant a offert une preuve psychiatrique, notamment le témoignage du D^r Orchard, un psychiatre médico-légal. C'est ^d au cours du contre-interrogatoire de ce témoin par M^e Scott, l'avocat de la poursuite, qu'on a obtenu les éléments de preuve qui sont à l'origine du second moyen d'appel.

Le premier moyen: allégations de directives erronées concernant la norme de preuve

L'appelant allègue que, pris dans son ensemble, l'exposé n'invitait pas le jury à soumettre les éléments de preuve individuels à la norme en matière ^f criminelle, mais qu'il avait plutôt pour effet de faire examiner les éléments de preuve les uns par rapport aux autres à l'étape de la «recherche des faits». Les éléments qui résistent à cette démarche ^g constituent «l'ensemble de la preuve» à partir de laquelle le jury détermine si la culpabilité a été prouvée hors de tout doute raisonnable.

Cet argument soulève deux questions:

- ^h (i) L'interprétation de l'exposé avancée par l'appelant est-elle correcte?
- (ii) Dans l'affirmative, est-ce une directive erronée que de dire au jury d'appliquer la norme en matière criminelle en deux étapes?

L'appelant ne conteste pas que constitue une directive erronée que de dire au jury d'appliquer la norme de preuve hors de tout doute raisonnable à des éléments de preuve individuels. Il y a une jurisprudence abondante en ce sens: *Stewart c. La*

v. *Bouvier* (1984), 11 C.C.C. (3d) 257 (Ont. C.A.), at p. 265, aff'd [1985] 2 S.C.R. 485.

Reine, [1977] 2 R.C.S. 748, aux pp. 759 et 761; *R. v. Bouvier* (1984), 11 C.C.C. (3d) 257 (C.A. Ont.), à la p. 265, conf. [1985] 2 R.C.S. 485.

The following are the relevant excerpts from the charge to the jury set out in the order in which they occurred:

a Voici les extraits pertinents de l'exposé au jury dans l'ordre chronologique.

1. Concerning Evidence

You are not obliged to accept any part of the evidence of a witness just because there is no denial of it. If you have a reasonable doubt about any of the evidence you will give the benefit of that doubt to the accused with respect to such evidence. Having decided what evidence you consider worthy of belief, you will consider it as a whole, of course, in arriving at your verdict. [Emphasis added.]

1. Concernant le témoignage

b [TRADUCTION] Vous n'êtes pas tenus d'accepter une partie quelconque de la déposition d'un témoin seulement parce qu'elle n'a pas été niée. Si vous avez un doute raisonnable quant à un témoignage, vous accorderez à l'accusé le bénéfice du doute à cet égard. Ayant décidé quel témoignage vous estimez digne de foi, vous l'examinerez dans son ensemble, évidemment, pour arriver à votre verdict. [Je souligne.]

2. Concerning Burden of Proof

The accused is entitled to the benefit of reasonable doubt on the whole of the case and on each and every issue in the case.

2. Concernant la charge de la preuve

d [TRADUCTION] L'accusé a droit au bénéfice du doute raisonnable sur l'ensemble de la cause et sur chacun des points de la cause.

Proof beyond a reasonable doubt does not apply to the individual items of evidence or the separate pieces of evidence in the case, but to the total body of evidence upon which the Crown relies to prove guilt. Before you can convict you must be satisfied beyond a reasonable doubt of his guilt.

e La preuve hors de tout doute raisonnable ne s'applique pas aux éléments de preuve individuels ou aux différentes parties de la preuve; elle s'applique à tout l'ensemble de la preuve sur laquelle s'appuie la poursuite pour prouver la culpabilité. Vous ne pouvez déclarer quelqu'un coupable sans d'abord être convaincus de sa culpabilité hors de tout doute raisonnable.

3. Concerning Hairs and Fibres

It seems to me that this evidence does not go beyond proving that Christine could have been in the Honda motor vehicle and that the accused could have been at the scene of the killing and, of course, that is not proof beyond a reasonable doubt.

f 3. Concernant les cheveux et les fibres

[TRADUCTION] Il me semble que cette preuve ne fait pas plus que démontrer que Christine a pu se trouver dans l'auto Honda et que l'accusé a pu se trouver sur les lieux du meurtre et, évidemment, ce n'est pas là une preuve hors de tout doute raisonnable.

4. Concerning Appellant's Statements to Hobbs

I was going to go on to say that if you find that the evidence of the accused at trial here represents the correct interpretation of those tapes and transcripts, or parts of the tapes and transcripts, or if you have a reasonable doubt that that might be so, you will give him the benefit of the doubt as to those parts of the tapes or transcripts and adopt his interpretation.

g 4. Concernant les déclarations de l'appelant à Hobbs

h [TRADUCTION] J'allais vous dire que si vous concluez que le témoignage de l'accusé à ce procès constitue la bonne interprétation de ces bandes et de ces transcriptions, ou de parties de celles-ci, ou si vous avez un doute raisonnable que ce pourrait être le cas, vous lui accorderez le bénéfice du doute quant à ces parties des bandes ou transcriptions et vous adopterez son interprétation.

5. Concerning Appellant's Statement to Inmate May

i Now, as to that evidence in relation to that part of the tape that I have just read, if you find the evidence of the accused at trial represents the correct interpretation of that exchange, or if you have a reasonable

j 5. Concernant la déclaration de l'appelant au détenu May

[TRADUCTION] Maintenant, quant à ce témoignage relativement à cette partie de la bande que je viens de lire, si vous concluez que le témoignage de l'accusé au procès constitue la bonne interprétation de cette con-

doubt that that may be so, you will give the benefit of the doubt to the accused and adopt his interpretation.

In my opinion, based on my reading of the charge as a whole, a jury would likely have concluded that in examining the evidence they were to give the accused the benefit of the doubt in respect of any evidence. This process of examination and elimination would occur during the so-called “fact finding” stage, to use the appellant’s phrase. The evidence as a whole to which the jury was to apply itself in order to determine guilt or innocence was the residuum after the “fact finding” stage. There is no other way of reading the first excerpt from the charge.

The appellant contends, however, that the second excerpt corrected this error. Cory J.A. agreed that it and the instruction as to alibi “do much to rectify the errors made on this subject” (p. 62). The second excerpt refers to the “whole of the case” and the “total body of evidence”. Having been told earlier that the “whole” upon which the verdict was to be based consisted of the evidence that had been accepted, I am not satisfied that the jury would have interpreted this passage as a correction. Rather, they might very well have assumed that the earlier definition of the “whole” still applied. At best, from the appellant’s standpoint the jury would be confused. Subsequent passages in the charge illustrate what is meant by the first excerpt and would confirm that individual pieces of evidence were to be examined by reference to the criminal standard.

Excerpt 3 occurs after a review of the evidence relating to the hair and fibres. The appellant suggests that this observation by the trial judge is merely descriptive of the inference that can be drawn from the evidence. In my opinion, in light of what was said in the first excerpt, the jury would conclude that the appellant was to be given the benefit of the doubt and this evidence was not to be considered as part of the whole in arriving at the jury’s verdict.

Excerpt 4 deals with the evidence of undercover officer Hobbs and the appellant’s interpretation of

versation, ou si vous avez un doute raisonnable que ce soit le cas, vous accorderez le bénéfice du doute à l’accusé et adopterez son interprétation.

^a Suivant mon interprétation de l’ensemble de l’exposé, un jury aurait vraisemblablement conclu qu’en examinant la preuve il devait accorder à l’accusé le bénéfice du doute à l’égard de toute preuve. Ce processus d’examen et d’élimination ^b aurait eu lieu à l’étape de la «recherche des faits» pour reprendre l’expression de l’appelant. L’ensemble de la preuve que le jury devait examiner pour établir la culpabilité ou l’innocence était ce qui avait résisté à l’étape de la «recherche des faits». Il n’y a aucune autre façon d’interpréter le premier extrait de l’exposé. ^c

L’appelant prétend cependant que le deuxième extrait a corrigé cette erreur. Le juge Cory a convenu que cet extrait et la directive quant à l’alibi [TRADUCTION] «font beaucoup pour corriger les erreurs sur ce sujet» (p. 62). Le deuxième extrait mentionne «l’ensemble de la cause» et «tout l’ensemble de la preuve». Comme on avait déjà dit au jury que «l’ensemble» sur lequel le verdict devait être fondé était la preuve qui avait été acceptée, je ne suis pas convaincu qu’il ait interprété ce passage comme une correction. Il a très bien pu supposer que la définition antérieure de «l’ensemble» continuait de s’appliquer. Au mieux, du point de vue de l’appelant, il y aurait eu confusion dans l’esprit du jury. Les passages subséquents de l’exposé montrent ce que signifie le premier extrait et confirment que les éléments de preuve doivent être examinés en fonction de la norme en matière criminelle. ^d ^e ^f ^g

^h Le troisième extrait intervient après un examen de la preuve relative aux cheveux et aux fibres. L’appelant avance que cette observation du juge du procès décrit simplement ce qu’on peut déduire de la preuve. À mon avis, vu la teneur du premier extrait, le jury aurait conclu qu’il devait accorder le bénéfice du doute à l’appelant et qu’il ne devait pas considérer que cette preuve faisait partie de l’ensemble qui devait lui permettre de rendre un verdict. ⁱ

^j Le quatrième extrait traite du témoignage de l’agent secret Hobbs et de l’interprétation que

what was said. Hobbs' version might have been strengthened in the minds of the jury if considered along with other evidence, in particular the evidence of Leyte and May. These two cell-mates gave evidence about statements and actions of the appellant tending to incriminate him. This passage in the charge invited the jury to pit the evidence of Hobbs in isolation against that of the appellant. If the evidence of the appellant put the evidence of Hobbs in doubt, then by reason of the instruction in the first excerpt, this evidence was to be rejected in favour of the appellant's interpretation which was not inculpatory.

The instruction in excerpt 5 invited the jury to deal with the evidence of cell-mate May in the same manner, with the same result.

The appellant submits, citing *R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546 (Ont. C.A.), that different considerations apply where the credibility of defence evidence is at issue. In such cases the argument is that the defence evidence does not have to be believed but "only has to raise a reasonable doubt". That does not mean, however, that the defence evidence or the evidence which it contradicts or explains is to be examined piecemeal. The judgment of Morden J.A. in *Challice*, *supra*, which the appellant agrees expresses the traditional view and is consistent with the judgment of this Court in *Nadeau v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 570, and *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652, correctly states the law in the following passage (at p. 557):

Understandably, a jury have to give careful consideration to issues of credibility when deliberating upon their verdict, and with respect to various pieces of evidence they may have differing views: total acceptance, total rejection, or something in between. An effective and desirable way of recognizing this necessary part of the process, and putting it to the jury in a way that accurately comports with their duty respecting the burden and standard of proof, is to instruct the jury that it is not necessary for them to believe the defence evidence on a vital issue—but that it is sufficient if it, viewed in the context of all the evidence, leaves them in a state of reasonable doubt as to the accused's guilt: see *R. v. Lobell*, [1957] 1 Q.B. 547 at p. 551, *per* Lord Goddard, C.J. [Emphasis added.]

l'appelant donne de ces conversations. La version de Hobbs aurait pu être renforcée dans l'esprit du jury si on l'avait rapprochée d'autres témoignages, en particulier ceux de Leyte et de May. Ces deux compagnons de cellule ont témoigné au sujet de déclarations et d'actes de l'appelant qui tendent à l'incriminer. Cet extrait de l'exposé invitait le jury à comparer le témoignage de Hobbs, pris isolément, à celui de l'appelant. Si le témoignage de l'appelant jetait un doute sur celui de Hobbs, alors, vu la directive contenue dans le premier extrait, le jury devait lui préférer l'interprétation non inculpatrice proposée par l'appelant.

La directive contenu dans le cinquième extrait invitait le jury à traiter le témoignage du compagnon de cellule May de la même manière, ce qui amenait le même résultat.

Citant *R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546 (C.A. Ont.), l'appelant allègue que des considérations différentes s'appliquent lorsque la crédibilité de la preuve à décharge est en cause. En pareil cas, soutient-il, la preuve à décharge n'a pas besoin d'être crue, mais elle [TRADUCTION] «doit seulement soulever un doute raisonnable». Cela ne signifie cependant pas que la preuve à décharge ou celle qu'elle contredit ou explique doit être examinée élément par élément. Le jugement du juge Morden dans l'arrêt *Challice*, précité, qui, l'appelant en convient, exprime l'opinion traditionnelle et est compatible avec les arrêts de cette Cour *Nadeau c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 570, et *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652, expose correctement le droit dans l'extrait suivant (à la p. 557):

[TRADUCTION] Naturellement, le jury doit examiner attentivement les questions de crédibilité au cours de ses délibérations sur le verdict et les jurés peuvent avoir des opinions divergentes à l'égard de différents éléments de preuve: acceptation complète, rejet complet ou quelque chose entre les deux. Une façon efficace et souhaitable de reconnaître cette partie nécessaire du processus et de la présenter au jury d'une manière qui convient exactement à son devoir relativement au fardeau et à la norme de preuve, consiste à dire au jury qu'il n'est pas nécessaire qu'il croie la preuve à décharge sur une question fondamentale, mais qu'il suffit que, considérée dans le contexte de toute la preuve, elle le laisse dans un état de doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé: voir *R. v. Lobell*, [1957] 1 Q.B. 547, à la p. 551, le lord juge en chef Goddard. [Je souligne.]

Nothing in *Nadeau, supra*, supports the appellant's submission. In that case the trial judge charged the jury in effect that they should accept either the Crown's version of the facts or that of the accused. He added that the accused was entitled to the benefit of the doubt only if the versions were equally consistent with the evidence. The judgment of Lamer J. makes it plain that the accused's version is entitled to the benefit of the doubt unless when considered in light of all the evidence the jury is satisfied beyond a reasonable doubt that the Crown's version is correct. He said (at p. 573):

The jurors cannot accept his [a Crown witness'] version, or any part of it, unless they are satisfied beyond all reasonable doubt, having regard to all the evidence, that the events took place in this manner; otherwise, the accused is entitled, unless a fact has been established beyond a reasonable doubt, to the finding of fact the most favourable to him, provided of course that it is based on evidence in the record and not mere speculation. [Emphasis added.]

There is nothing in the judgment in the *Thatcher* case which is inconsistent with this view.

The effect of the misdirections referred to above may very well have been that the jury examined evidence that was crucial to the Crown's case in bits and pieces. Standing alone or pitted against the evidence of the accused without the support of other evidence, much of this evidence might have been discarded as not measuring up to the test. When the jury came to consider the Crown's case as a whole there may not have been very much left of it. We cannot know for certain, but this scenario is a very likely one and the charge therefore constituted a serious misdirection.

This conclusion is sufficient to dispose of this ground of appeal without addressing the second point in the appellant's argument: the submission that it is a correct instruction to a jury that they are to apply the criminal standard in two stages—the fact finding stage and the verdict, or guilt, stage. Since, however, it was an attempt to do so by the trial judge that led to the difficulties in the charge, I propose to consider this point.

Rien dans l'arrêt *Nadeau*, précité, n'appuie l'allégation de l'appelant. Dans cette affaire, le juge du procès a dit au jury qu'il devait accepter ou bien la version des faits avancés par la poursuite, ou bien celle présentée par l'accusé. Il a ajouté que l'accusé n'avait droit au bénéfice du doute que si les versions sont également concordantes avec la preuve. Il ressort clairement du jugement du juge Lamer que la version de l'accusé a droit au bénéfice du doute à moins que, compte tenu de toute la preuve, le jury ne soit convaincu hors de tout doute raisonnable que la version de la poursuite est la bonne. Il dit (à la p. 573):

Les jurés ne peuvent retenir sa version [celle d'un témoin de la poursuite], ou portion de celle-ci, que s'ils sont, en regard de toute la preuve, satisfaits hors de tout doute raisonnable que les événements se sont passés comme tels; à défaut de quoi, et à moins qu'un fait ne soit prouvé hors de tout doute raisonnable, l'accusé a droit à la détermination de fait qui lui est la plus favorable, en autant, bien sûr, qu'elle repose sur une preuve au dossier et n'est pas pure spéculation. [Je souligne.]

Rien dans l'arrêt *Thatcher* n'est incompatible avec cette opinion.

Il est très possible que ces directives erronées aient amené le jury à examiner de façon fragmentée des éléments de preuve qui étaient décisifs pour la poursuite. Pris isolément ou comparés au témoignage de l'accusé sans l'appui d'autres témoignages, plusieurs de ces éléments de preuve auraient pu être écartés parce qu'ils ne résistaient pas au test. Lorsque le jury est arrivé à l'examen de la preuve de la poursuite prise dans son ensemble, il se peut qu'il n'en soit pas resté grand-chose. On ne peut en être certain, mais c'est très vraisemblable et l'exposé constituait donc une directive erronée aux conséquences sérieuses.

Cette conclusion suffit pour régler ce moyen d'appel sans examiner le second point de l'argument de l'appelant, savoir qu'il est exact de dire au jury qu'il doit appliquer la norme en matière criminelle en deux étapes, l'étape de la recherche des faits et l'étape du verdict ou de la culpabilité. Cependant, puisque c'est la tentative du juge du procès à cet égard qui a provoqué les difficultés dans l'exposé, j'ai l'intention d'examiner ce point.

The authorities reviewed above are clear that the jury is not to examine the evidence piecemeal by reference to the criminal standard. Otherwise, there is virtually no guidance in previous cases as to what legal rules, if any, apply to the process of weighing the evidence. Attempts to formulate such rules have been frowned upon. Thus, in *R. v. Van Beelen* (1973), 4 S.A.S.R. 353 (S.C. *in banco*), a case heavily relied on by the appellant, the full Court of South Australia held that in finding the facts the jury could not draw an inference of guilt from several facts whose existence was in doubt. The learned author of *Cross on Evidence* (6th ed. 1985), in referring to this case characterizes this as an esoteric question and concludes (at p. 146):

Whatever may be the proper direction in the circumstances of a particular case, it is to be hoped that questions such as those which have just been raised will never be allowed to become the basis of prescribed rules.

A case which comes closest in grappling with this problem is *Thomas v. The Queen*, [1972] N.Z.L.R. 34 (C.A.) The trial judge charged the jury in the following language (at p. 36):

Now whilst each piece of evidence must be carefully examined, because that is the accused's right and that is your duty, the case is not decided by a series of separate and exclusive judgments on each item or by asking what does that by itself prove, or does it prove guilt? That is not the process at all. It is the cumulative effect . . . [Emphasis added by the Court of Appeal.]

Counsel for the appellant in that case contended that the jury should be instructed to proceed in a series of separate steps to examine the evidence and eliminate that which did not meet the requisite standard. This submission was answered as follows by North P. (at p. 37):

If we have understood Mr Temm's argument correctly, it is the passage in the summing-up which we have italicised that he challenges. As the argument proceeded, it became increasingly plain to us that the premise for his propositions was based on a misconception of the respective functions of the Judge and the jury in a criminal case. It is the duty and obligation of the Judge to instruct the jury on all matters of law, including the burden and standard of proof required in criminal cases.

Suivant la jurisprudence mentionnée précédemment, il est clair que le jury ne doit pas examiner la preuve élément par élément en regard de la norme en matière criminelle. Par ailleurs, la jurisprudence antérieure ne contient à peu près aucune indication quant aux règles de droit, s'il en est, qui s'appliquent à l'appréciation de la preuve. Les tentatives de formulation de ces règles ont été mal vues. Ainsi, dans l'arrêt *R. v. Van Beelen* (1973), 4 S.A.S.R. 353 (C.S. en banc), sur lequel a beaucoup insisté l'appelant, la Court of South Australia siégeant au complet a conclu qu'en recherchant les faits le jury ne pouvait déduire la culpabilité des différents faits dont l'existence était douteuse. À propos de cet arrêt, l'ouvrage *Cross on Evidence* (6th ed. 1985) dit qu'il s'agit d'une question obscure et conclut (à la p. 146):

[TRADUCTION] Quelle que puisse être la bonne directive suivant les circonstances d'un cas particulier, il est à espérer qu'on ne permette jamais à des questions comme celles qui viennent d'être soulevées de devenir le fondement de règles impératives.

L'affaire qui vient très près de s'attaquer à ce problème est *Thomas v. The Queen*, [1972] N.Z.L.R. 34 (C.A.) Dans son exposé, le juge du procès avait dit au jury (à la p. 36):

Bien qu'il faille examiner chaque élément de preuve avec attention, parce que c'est le droit de l'accusé et que c'est votre devoir, l'affaire ne doit pas être tranchée par une série de jugements distincts et exclusifs sur chaque élément ou par une recherche de ce que chacun prouve en lui-même, ou prouve-t-il la culpabilité? Ce n'est pas la bonne façon. C'est l'effet cumulatif . . . [Mis en italique par la Cour d'appel.]

L'avocat de l'appelant dans cette affaire-là a prétendu qu'on aurait dû dire au jury de procéder par une série d'étapes distinctes pour examiner la preuve et en écarter les éléments qui ne respectaient pas la norme requise. Le président North a répondu à cette prétention (à la p. 37):

[TRADUCTION] Si nous avons bien compris l'argument de M^e Temm, c'est le passage du résumé que nous avons mis en italique qu'il conteste. Au fur et à mesure qu'il avançait dans son développement, il nous est apparu de plus en plus clairement que la prémisse de ses propositions était fondée sur une conception erronée des fonctions respectives du juge et du jury dans une affaire criminelle. Le juge a le devoir et l'obligation de donner au jury des directives sur tous les points de droit, y

The facts, on the other hand, are for the jury, and while the Judge may think it right to give the jury some assistance in dealing with the facts, it is no part of his duty to tell the jury that each item of evidence must be weighed by them separately, and that they must decide that it has been proved beyond reasonable doubt before they can use it in reaching their verdict. It is for the jury to determine for themselves which parts of the evidence they are prepared to accept or to reject. What Mr Temm apparently sought in vain at the trial and now sought to support in this Court, was, what he claimed as the appellant's right to a direction instructing the jury to proceed by a series of separate steps, eliminating as they proceeded on their intellectual journey every fact which, considered by itself, raised more than one inference, so that in the end the jury should consider only those facts and inferences which in themselves proved beyond reasonable doubt that the appellant was guilty.

The Crown case in this instance was built up of a number of separate ingredients, which it was contended acquired a meaning in the context of the indictment, only when examined with proper regard to the interrelation of the constituent elements.

The argument in favour of a two-stage application of the criminal standard has superficial appeal in theory but in my respectful opinion is wrong in principle and unworkable in practice. In principle it is wrong because the function of a standard of proof is not the weighing of individual items of evidence but the determination of ultimate issues. Furthermore, it would require the individual member of the jury to rely on the same facts in order to establish guilt. The law is clear that the members of the jury can arrive at their verdict by different routes and need not rely on the same facts. Indeed the jurors need not agree on any single fact except the ultimate conclusion. See *Wigmore on Evidence* (Chadbourn rev. 1981), vol. 9, § 2497, at pp. 412-14; *R. v. Lynch, Malone and King* (1978), 40 C.C.C. (2d) 7 (Ont. C.A.), at p. 19; *R. v. Bouvier* (Ont. C.A.), *supra*, at pp. 264-65; *R. v. Moreau* (1986), 26 C.C.C. (3d) 359 (Ont. C.A.), at p. 389; *R. v. Agbim*, [1979] *Crim. L.R.* 171 (C.A.); *R. v. Thatcher* (1986), 24

compris le fardeau de la preuve et la norme de preuve requise dans les affaires criminelles. Les faits, par contre, sont laissés à l'appréciation du jury et, bien que le juge puisse estimer qu'il convient de fournir au jury une certaine aide dans l'examen des faits, il ne lui appartient pas de dire au jury qu'il doit apprécier chaque élément de preuve séparément et qu'il doit décider que l'élément a été prouvé hors de tout doute raisonnable avant de pouvoir l'utiliser pour en arriver au verdict. Le jury doit déterminer par lui-même quelles parties de la preuve il est disposé à accepter ou à rejeter. Ce que M^e Temm a apparemment cherché en vain au procès, et qu'il cherche à faire valoir maintenant devant cette Cour, est ce qu'il appelle le droit de l'appellant à ce que le juge donne comme directive au jury de procéder par une série d'étapes distinctes, d'éliminer au fur et à mesure qu'il avance dans sa démarche intellectuelle chaque fait qui, considéré en lui-même, amène plus d'une déduction de sorte que, à la fin, le jury n'examine que les faits et les déductions qui, en eux-mêmes, prouvent hors de tout doute raisonnable la culpabilité de l'appellant.

La preuve de la poursuite en l'espèce est constituée de plusieurs éléments distincts qui, a-t-on prétendu, n'arrivent à avoir un sens dans le contexte de l'acte d'accusation que lorsqu'on les examine en tenant dûment compte de l'interdépendance de leurs parties constitutives.

L'argument en faveur d'une application en deux étapes de la norme en matière criminelle a un attrait superficiel en théorie, mais, à mon humble avis, il est mal fondé en principe et irréalisable en pratique. Il est mal fondé en principe parce que la fonction de la norme de preuve n'est pas de soulever chaque élément de preuve mais de décider des questions fondamentales. De plus, cela obligerait chaque juré à s'appuyer sur les mêmes faits afin d'établir la culpabilité. Il est clair en droit que les jurés peuvent arriver à leur verdict par des chemins différents sans avoir à se fonder sur les mêmes faits. Et même, il n'est pas nécessaire que les jurés soient d'accord sur chaque fait individuel, pourvu qu'ils le soient sur la conclusion finale. Voir *Wigmore on Evidence* (Chadbourn rev. 1981), vol. 9, § 2497, aux pp. 412 à 414; *R. v. Lynch, Malone and King* (1978), 40 C.C.C. (2d) 7 (C.A. Ont.), à la p. 19; *R. v. Bouvier* (C.A. Ont.), précité, aux pp. 264 et 265; *R. v. Moreau* (1986), 26 C.C.C. (3d) 359 (C.A. Ont.), à la p. 389; *R. v. Agbim*, [1979] *Crim. L.R.* 171 (C.A.); *R. v. Thatcher* (1986), 24 C.C.C. (3d) 449 (C.A.)

C.C.C. (3d) 449 (Sask. C.A.), at p. 510, appeal dismissed, [1987] 1 S.C.R. 652, at p. 697.

The matter is summed up in *Cross on Evidence*, op. cit., at p. 146:

It has been held by the Court of Appeal that it is unnecessary for a judge to direct the jury that it must be unanimous with regard to even one item of evidence bearing upon a particular count before convicting on it. It seems to be enough that all members of the jury find the accused guilty upon the basis of some of the facts bearing upon that count.

In practice it is not practical not only because the jury would have to agree on the same facts but what individual facts prove. Individual facts do not necessarily establish guilt but are a link in the chain of ultimate proof. It is not possible therefore to require the jury to find facts proved beyond a reasonable doubt without identifying what it is that they prove beyond a reasonable doubt. Since the same fact may give rise to different inferences tending to establish guilt or innocence, the jury might discard such facts on the basis that there is doubt as to what they prove.

The concern which proponents of the two-stage process express is, that facts which are doubtful will be used to establish guilt. The answer to this concern is that a chain is only as strong as its weakest link. If facts which are essential to a finding of guilt are still doubtful notwithstanding the support of other facts, this will produce a doubt in the mind of the jury that guilt has been proved beyond a reasonable doubt.

I conclude from the foregoing that the facts are for the jury to determine subject to an instruction by the trial judge as to the law. While the charge may and often does include many helpful tips on the weighing of evidence such as observing demeanour, taking into the account the interest of the witness and so forth, the law lays down only one basic requirement: during the process of deliberation the jury or other trier of fact must consider the evidence as a whole and determine whether guilt is established by the prosecution beyond a reasonable doubt. This of necessity requires that each element of the offence or issue be proved

Sask.), à la p. 510, pourvoi rejeté, [1987] 1 R.C.S. 652, à la p. 697.

La question est résumée dans *Cross on Evidence*, op. cit., à la p. 146:

[TRADUCTION] La Cour d'appel a jugé qu'il est inutile qu'un juge dise au jury qu'il doit être unanime sur un élément de preuve portant sur un chef particulier pour pouvoir prononcer la culpabilité à son égard. Il semble suffire que tous les membres du jury concluent à la culpabilité de l'accusé en s'appuyant sur certains faits relatifs à ce chef.

En réalité ce n'est pas pratique non seulement parce que le jury devrait être d'accord sur les mêmes faits mais sur ce que chaque fait pris isolément prouve. Chaque fait pris isolément n'établit pas nécessairement la culpabilité mais constitue un maillon de la chaîne de la preuve ultime. Il n'est donc pas possible d'obliger le jury à chercher des faits prouvés hors de tout doute raisonnable sans identifier ce qu'effectivement ils prouvent hors de tout doute raisonnable. Puisque le même fait peut entraîner des déductions différentes tendant à établir la culpabilité ou l'innocence, le jury pourrait écarter ces faits étant donné qu'il existe un doute sur ce qu'ils prouvent.

Les partisans du processus en deux étapes craignent que des faits qui sont douteux ne soient utilisés pour établir la culpabilité. On peut leur répondre que la solidité de la chaîne est fonction du plus faible de ses maillons. Si les faits qui sont essentiels à la conclusion de culpabilité sont encore douteux malgré l'apport d'autres faits, cela amènera le jury à douter que la culpabilité a été prouvée hors de tout doute raisonnable.

Je conclus de ce qui précède que l'appréciation des faits appartient au jury, sous réserve de directives du juge du procès quant au droit. Bien que l'exposé puisse contenir et contienne souvent de nombreuses suggestions utiles pour apprécier la preuve, comme observer le comportement, tenir compte de l'intérêt du témoin et ainsi de suite, le droit n'impose qu'une seule exigence fondamentale: pendant les délibérations, le jury ou un autre juge des faits doit examiner la preuve comme un tout et décider si la poursuite a établi la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Cela exige nécessairement que chaque élément de l'infraction ou

beyond a reasonable doubt. Beyond this injunction it is for the trier of fact to determine how to proceed. To intrude in this area is, as pointed out by North P., an intrusion into the province of the jury.

The reason we have juries is so that lay persons and not lawyers decide the facts. To inject into the process artificial legal rules with respect to the natural human activity of deliberation and decision would tend to detract from the value of the jury system. Accordingly, it is wrong for a trial judge to lay down additional rules for the weighing of the evidence. Indeed, it is unwise to attempt to elaborate on the basic requirement referred to above. I would make two exceptions. The jury should be told that the facts are not to be examined separately and in isolation with reference to the criminal standard. This instruction is a necessary corollary to the basic rule referred to above. Without it there is some danger that a jury might conclude that the requirement that each issue or element of the offence be proved beyond a reasonable doubt demands that individual items of evidence be so proved.

The second exception is that it is appropriate where issues of credibility arise between the evidence for the prosecution and the defence that the jury be charged as suggested by Morden J.A. in *Challice, supra*. There is a danger in such a situation that a jury might conclude that it is simply a matter as to which side they believe. The suggested charge alerts them to the fact that, if the defence evidence leaves them in a state of doubt after considering it in the context of the whole of the evidence, then they are to acquit.

Consequently, even if the appellant is correct in his interpretation of the charge to the jury, there was misdirection—although not as serious as the misdirection which I have found occurred.

du point en litige ait été prouvé hors de tout doute raisonnable. Cette exigence mise à part, il appartient au juge des faits de décider comment procéder. S'immiscer dans ce domaine constitue, comme a le signale le président North, une intrusion dans le domaine du jury.

La raison d'être des jurys est qu'on a voulu que b ce soit des profanes et non des avocats qui décident des faits. Introduire dans le processus des règles juridiques artificielles relativement à l'activité humaine naturelle de délibération et de décision tendrait à diminuer la valeur du système de jury. c Par conséquent, c'est à tort qu'un juge du procès impose des règles supplémentaires pour l'appréciation de la preuve. De fait, il est imprudent de tenter d'entrer dans le détail de l'exigence fondamentale mentionnée précédemment. Je ferais deux d exceptions. On devrait dire au jury que les faits ne doivent pas être examinés séparément et isolément en regard de la norme en matière criminelle. Cette directive est un corollaire nécessaire de la règle e fondamentale mentionnée précédemment. Sans elle, il y a un certain danger qu'un jury puisse conclure que l'exigence suivant laquelle chaque point en litige ou élément de l'infraction doit être f prouvé hors de tout doute raisonnable nécessite que les éléments de preuve individuels soient prouvés ainsi.

La seconde exception est que, lorsqu'il se pose g des questions de crédibilité entre la preuve à charge et à décharge, il convient de donner au jury une directive comme celle proposée par le juge Morden dans l'arrêt *Challice*, précité. Dans une situation comme celle-là, il y a un danger que le h jury puisse conclure qu'il s'agit simplement de savoir quelle partie il doit croire. La directive proposée lui signale que, si la preuve à décharge i laisse dans un état de doute une fois qu'il l'a examinée dans le contexte de l'ensemble de la preuve, il doit alors prononcer un acquittement.

Par conséquent, même si l'interprétation de l'exposé au jury proposée par l'appellant est correcte, il y a eu directive erronée, quoiqu'elle ne soit pas aussi grave que celle que j'ai déjà constatée.

Second Ground: The Psychiatric Evidence

The Court of Appeal accepted the submission of the prosecution that the trial judge had misdirected the jury when he charged them as follows:

One more thing I must tell you about this psychiatric evidence. There is contained in that evidence, I believe, particularly from Dr. Orchard, that the accused is a person who is quite capable of committing the type of crime we are considering in this case. I instruct you that you must not use that evidence as proof or indication of proof that he did, in fact, kill Christine Jessop just because he is capable of it.

The evidence referred to was elicited on the examination of Dr. Orchard by Mr. Scott, counsel for the Crown. The purport of this evidence is vital in the resolution of this ground of appeal. It is, therefore, necessary to quote it at some length:

Q. [Mr. Scott] I take it by the very fact that you are capable of expressing an opinion on what condition this man would be in, in the event that he sexually assaulted—raped and stabbed many times Christine Jessop, that you must be of the opinion that he has the psychological make-up to commit such an offence.

A. No, I am of the opinion that, in fact, the illness—and if he did that—did disturb his psychological make-up so that he could do such an act.

HIS LORDSHIP: Excuse me. I didn't get that. Your answer was "No . . ." what, Doctor?

THE WITNESS: No. The illness very likely did—could have or very likely did disturb his psychological make-up to the point that he could commit such an offence. I didn't feel that he had necessarily the psychological make-up to molest children.

Q. Coming back to where we started about capacity and your responses to certain hypotheticals, I am suggesting to you the man sitting there, on what you have told us in this Court, is a man that has mental problems, who is capable of raping and of stabbing multiply an individual. Isn't that correct?

A. He is capable of forcing intercourse and stabbing multiply a person if he did that, yes, he is capable of it.

Q. With a 40 pound girl, a nine year old.

Le second moyen: la preuve psychiatrique

La Cour d'appel a accepté l'allégation de la poursuite portant que le juge du procès a donné une directive erronée au jury lorsqu'il lui a dit:

[TRADUCTION] Je dois vous dire autre chose concernant cette preuve psychiatrique. Elle est contenue dans le témoignage, je crois, en particulier celui du Dr Orchard, que l'accusé est une personne tout à fait capable de commettre le genre de crime que nous examinons en l'espèce. Je vous dis que vous ne devez pas utiliser ce témoignage comme une preuve ou indication de preuve qu'il a effectivement tué Christine Jessop seulement parce qu'il en est capable.

La preuve mentionnée a été obtenue au cours du contre-interrogatoire du Dr Orchard par M^e Scott, l'avocat de la poursuite. La portée de cette preuve est essentielle pour la décision sur ce moyen d'appel. Il est donc nécessaire d'en citer un assez long extrait.

[TRADUCTION] Q. [M^e Scott] Je comprends, du fait même que vous êtes en mesure d'exprimer une opinion sur l'état de cet homme, dans l'éventualité où il aurait agressé sexuellement, violé et poignardé plusieurs fois Christine Jessop, que vous devez être d'avis qu'il a la constitution psychologique de l'auteur d'une telle infraction.

R. Non, je suis d'avis que, en fait, la maladie—et s'il l'a fait—a perturbé sa constitution psychologique de sorte qu'il a pu accomplir un tel acte.

SA SEIGNEURIE: Pardon. Je n'ai pas compris. Votre réponse est «Non . . .» quoi, Docteur?

LE TÉMOIN: Non. La maladie a très vraisemblablement—a pu ou a très vraisemblablement perturbé sa constitution psychologique au point qu'il a pu commettre une telle infraction. Je ne crois pas qu'il avait nécessairement la constitution psychologique d'une personne qui moleste les enfants.

Q. Revenant à notre point de départ à propos de la capacité et à vos réponses à certaines questions hypothétiques. Je vous dis que l'homme assis là, suivant ce que vous nous avez dit en cette cour, est un homme qui a des problèmes mentaux, qui est capable de violer et de poignarder une personne à plusieurs reprises. N'est-ce pas exact?

R. Il est capable de forcer une personne à des relations sexuelles et de la poignarder à plusieurs reprises s'il l'a fait, oui, il en est capable.

Q. Une fillette de 40 livres, de neuf ans?

A. Yes.

Q. Now, you talked of schizophrenia. I suggest to you that the broad range of schizophrenics would not be so capable, would they?

A. Well, the majority of people with schizophrenia don't get into violent behaviour, but some of them do. So the majority of cases of schizophrenia would not be involved in this kind of behaviour. The point is I don't know whether he was involved in the behaviour or not, but I do know about the illness.

Q. You know that this illness is such that it would permit him to do that to that nine year old, don't you?

A. Yes.

Q. And I am suggesting to you that the number who could do that to a nine year old is minuscule.

A. That is true.

Q. That this man is something special, isn't he?

A. Yes. It is not a usual kind of thing, not a common kind of thing, so yes, in that way it is unusual.

Q. It could only be an offence committed by a member of an abnormal group. Isn't that correct?

A. Well, almost, at any rate. I never say "only" or "never" or "always" because that's when I am wrong, but I would say in the vast, vast majority of cases such an offence would likely be committed by somebody who had some sort of pretty strong abnormality; a serious abnormality.

Q. Are not the psychiatric disorders that you are describing that this man has, similar to what you would expect to find in terms of the scene that has unfolded before you on Exhibit 8, an isolated area, sexual assault of a nine year old left with her clothes askew, stabbed many times?

A. Yes, certainly. I don't know—first of all sexual assault of a nine year old, if it was attempting to force intercourse, would be pretty unusual because that is not a thing that a nine year old is usually attractive for. They usually are not developed to the point that they are usual sexual objects. Stabbed many times is often a sign that there is something strange going on. If somebody wants to kill somebody they can usually do it without doing it many times. They can usually manage not to sort of continue on in the activity.

R. Oui.

Q. Bon, vous avez parlé de schizophrénie. Si je vous disais que la grande majorité des schizophrènes n'en seraient pas capables, serait-ce exact?

R. Bien, la majorité des gens qui souffrent de schizophrénie n'ont pas de comportements violents, mais certains en ont. Donc, la majorité des cas de schizophrénie ne présenteraient pas ce genre de comportement. C'est que je ne sais pas s'il a eu ce comportement ou non, mais je connais la maladie.

Q. Vous savez que cette maladie est telle qu'elle lui permettrait de faire cela à cette enfant de neuf ans, n'est-ce-pas?

R. Oui.

Q. Et je vous dis que le nombre de ceux qui pourraient faire cela à une fillette de neuf ans est minime.

R. C'est exact.

Q. Que cet homme est quelque chose de spécial, n'est-ce pas?

R. Oui. Ce n'est pas une chose habituelle, pas le genre de chose courante, donc oui, en ce sens, c'est inhabituel.

Q. Ce ne peut être qu'une infraction commise par quelqu'un faisant partie d'un groupe anormal. N'est-ce pas exact?

R. Bien, presque, en tout cas. Je ne dis jamais «seulement» ou «jamais» ou «toujours» parce c'est à ce moment-là que je suis dans l'erreur, mais je dirais que dans la vaste, très vaste majorité des cas, une telle infraction serait vraisemblablement commise par quelqu'un qui avait une sorte d'anomalie assez forte; une anomalie grave.

Q. Les désordres psychiatriques que vous décrivez, dont cet homme souffre, ne sont-ils pas semblables à ce que vous vous attendriez de trouver sur la scène qu'on vous a présentée sur la pièce 8, un endroit isolé, agression sexuelle d'une enfant de neuf ans les vêtements en désordre, poignardée à plusieurs reprises?

R. Oui, certainement. Je ne sais pas—D'abord, l'agression sexuelle d'une enfant de neuf ans, si c'était une tentative de relations sexuelles forcées, serait passablement inhabituelle parce que ce n'est pas une chose pour laquelle une enfant de neuf ans est habituellement attirante. Elles ne sont habituellement pas développées au point qu'elles sont des objets sexuels habituels. Poignardée à plusieurs reprises signifie souvent qu'il se passe quelque chose d'étrange. Si quelqu'un veut tuer une personne, il peut habituellement le faire sans le faire plusieurs fois. Il peut habituellement agir de manière à ne pas avoir à prolonger l'activité.

- Q. That is a sign of disorganization, isn't it?
- A. Yes, it is.
- Q. Multiple stab wounds on the chest and back are clearly an indication of a very disorganized crime, aren't they?
- A. Yes.
- Q. And particularly when you look at it as being a 40 pound, nine year old person, the victim.
- Q. So they are able to come here, get in the witness stand and say "Not me"?
- A. Yes, that could happen.
- Q. And that is, again, a classic symptom of the disease which that man, Morin, has, isn't it?
- A. Yes.
- Q. So I am a little surprised that you indicate that you are surprised that he denied it. Why would you be at all surprised about that, Doctor?
- A. I don't know that I am surprised that he denied it. I just say that when someone is able to take me through their memory and their mental processes about a certain time, then I can draw a conclusion from that. When a person does not have that available, then I can't draw conclusions from what he tells me about the incident or about the particular time. I have to draw conclusions from my diagnosis. That is what the difficulty is, you see. I don't know; I have nothing in my interviews with him that I could say, "Ah, yes, he did this", but I did have an illness. Whether he did it or not, that is up to somebody else to decide, that is not for me because I have nothing that can add to that one way or the other, except that there is this illness.
- Q. And the second thing you can add is that in your opinion that man is the type of man who could commit this crime.
- A. Yes, that is possible with this illness, that happens with this illness.
- Q. That is very helpful, isn't it, sir, in terms of assessing a situation?
- A. Whoever hears it will have to decide whether that is helpful.
- Q. Then you went a third step and indicated – I think you indicated that there would be a very small, small area of the population that could be capable of such a crime, didn't you?
- Q. C'est un signe de désordre, n'est-ce pas?
- R. Oui, c'est cela.
- Q. Des coups de couteau multiples à la poitrine et au dos indiquent clairement qu'il s'agit d'un crime très désordonné, n'est-ce pas?
- R. Oui.
- Q. Et particulièrement lorsque vous considérez que la victime est une personne de 40 livres, âgée de neuf ans.
- Q. Ainsi, ils sont capables de venir ici, d'aller à la barre des témoins et dire «Ce n'est pas moi»?
- R. Oui, cela pourrait arriver.
- Q. Et, encore une fois, c'est un symptôme classique de la maladie dont souffre cet homme, Morin, n'est-ce pas?
- R. Oui.
- Q. Je suis un peu étonné que vous disiez que vous êtes surpris qu'il l'ait nié. Pourquoi cela vous surprend-il, Docteur?
- R. Je ne crois pas avoir dit que je suis surpris qu'il l'ait nié. J'ai simplement dit que, lorsque quelqu'un peut faire appel à sa mémoire et m'exposer ses processus mentaux au sujet d'un moment particulier, je peux en tirer des conclusions. Lorsqu'une personne ne peut pas le faire, je ne peux pas tirer de conclusions à partir de ce qu'il me raconte au sujet de l'incident ou du moment particulier. Je dois tirer des conclusions à partir de mon diagnostic. Voilà la difficulté, vous voyez. Je ne sais pas; rien de ce que j'ai obtenu de mes entrevues avec lui ne me permet de dire, «Ah, oui, il a fait cela», mais il y a la maladie. S'il l'a fait ou non, c'est à quelqu'un d'autre de le décider, ce n'est pas à moi parce que je ne dispose d'aucun élément qui puisse ajouter quelque chose dans un sens ou dans l'autre, excepté cette maladie.
- Q. Et la deuxième chose que vous pouvez ajouter est qu'à votre avis cet homme est le type de personne qui pourrait commettre ce crime.
- R. Oui, cela est possible avec cette maladie, cela se produit avec cette maladie.
- Q. Cela est très utile, n'est-ce pas, Monsieur, dans l'évaluation d'une situation?
- R. Ceux qui l'entendent auront à décider si cela est utile.
- Q. Puis, en troisième lieu vous avez indiqué—je crois que vous avez indiqué qu'il y aurait une très petite, petite portion de la population qui pourrait être capable d'un tel crime, n'est-ce pas?

A. Yes, it is not a common thing. [Emphasis added.]

The Court of Appeal held that this evidence was admissible on the issue of identity. At page 66 of his reasons (concurring in by Robins and Brooke JJ.A., on this point), Cory J.A. stated:

The critical psychiatric evidence, called as it was on behalf of the respondent and going as it did to identify the perpetrator of the crime, was admissible on the issue of identity notwithstanding the prejudicial effect it might have had upon the respondent: see *R. v. Glynn*, [infra].

The impugned passage from the charge was preceded by submission by both sides with respect to the issue and resulted in the following ruling:

On the issue of insanity there was considerable psychiatric evidence to the effect that the accused is a person with a mental illness and that he is so constituted that he is quite capable of committing the crime in question, that is sexual assault and killing. However, unless I change my mind between now and tomorrow when I charge the jury, I will be instructing the jury that that evidence should not be used as proof that the accused did, in fact, kill Christine Jessop. There may be more than one reason for that conclusion, but at the moment it is sufficient for me to say that there is no evidence in this case that this crime could only be committed by a person with the mental characteristics of the accused. [Emphasis added.]

In my opinion the trial judge was right in concluding that the evidence was not admissible as proof of identity.

Cory J.A. arrived at his conclusion that the evidence was admissible by reviewing certain authorities from which he developed a list of five criteria (p. 64). He then concluded the evidence of Dr. Orchard referred to above met these criteria.

The authorities reviewed by His Lordship dealt with two categories of evidence:

- (i) similar fact evidence; and
- (ii) psychiatric evidence tendered by accused persons to exclude the accused from membership in a special abnormal group to

R. Oui, ce n'est pas une chose courante. [Je souligne.]

La Cour d'appel a conclu que ce témoignage était admissible relativement à la question de l'identité. Voici ce que le juge Cory a dit (avec l'appui des juges Robins et Brooke sur ce point), à la p. 66 de ses motifs:

[TRADUCTION] La preuve psychiatrique décisive, introduite pour le compte de l'intimé et portant sur l'identité de l'auteur du crime, était admissible relativement à la question de l'identité, nonobstant l'effet préjudiciable qu'elle a pu avoir pour l'intimé: voir *R. v. Glynn*, cité plus loin.

Le passage contesté de l'exposé a été précédé d'arguments des deux parties sur la question, qui ont eu comme résultat la décision suivante:

[TRADUCTION] Sur la question de l'aliénation mentale, il y a eu une preuve psychiatrique abondante suivant laquelle l'accusé est un individu souffrant d'une maladie mentale et qu'il est constitué de telle sorte qu'il est tout à fait capable de commettre le crime en question, c'est-à-dire l'agression sexuelle et le meurtre. Cependant, à moins que je ne change d'avis d'ici demain lorsque je ferai mon exposé, je dirai au jury que cette preuve ne devrait pas être utilisée comme preuve que l'accusé a, en fait, tué Christine Jessop. Il peut y avoir plusieurs raisons à cette conclusion, mais il me suffit maintenant de dire qu'il n'y a aucune preuve en l'espèce que ce crime ne pourrait être commis que par une personne qui possède les caractéristiques mentales de l'accusé. [Je souligne.]

À mon avis, le juge du procès a eu raison de conclure que la preuve n'était pas admissible comme preuve de l'identité.

Le juge Cory est arrivé à sa conclusion que la preuve était admissible après un examen de certains précédents dont il a tiré une liste de cinq critères (p. 64). Il a alors conclu que le témoignage déjà mentionné du Dr Orchard respectait ces critères.

Les précédents examinés par le juge Cory traitaient de deux catégories de preuve:

- (i) la preuve de faits similaires et
- (ii) la preuve psychiatrique présentée par des accusés pour établir qu'ils ne font pas partie d'un groupe particulier anormal auquel, sui-

which the perpetrator is shown to have belonged.

I propose to review these cases and determine whether the principles which emerge from them support the conclusion of the Court of Appeal.

(i) *Similar Facts*

In similar fact cases it is not sufficient to establish that the accused is a member of an abnormal group with the same propensities as the perpetrator. There must be some further distinguishing feature. Accordingly, if the crime was committed by someone with homosexual tendencies, it is not sufficient to establish that the accused is a practising homosexual or indeed has engaged in numerous homosexual acts. The tendered evidence must tend to show that there was some striking similarity between the manner in which the perpetrator committed the criminal act and such evidence. To quote from *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421 (H.L.), at p. 454, per Lord Hailsham:

... whilst it would certainly not be enough to identify the culprit in a series of burglaries that he climbed in through a ground floor window, the fact that he left the same humorous limerick on the walls of the sitting room, or an esoteric symbol written in lipstick on the mirror, might well be enough. In a sex case, to adopt an example given in argument in the Court of Appeal, whilst a repeated homosexual act by itself might be quite insufficient to admit the evidence as confirmatory of identity or design, the fact that it was alleged to have been performed wearing the ceremonial head-dress of a Red Indian chief or other eccentric garb might well in appropriate circumstances suffice.

Similarly in *R. v. Taylor* (1982), 66 C.C.C. (2d) 437, evidence that the accused was a practising homosexual was rejected by the Ontario Court of Appeal notwithstanding that the assault in issue was a homosexual act.

Apart from the requirement that the proffered evidence tends to show that the accused shared some distinctive feature with the perpetrator, such evidence will be excluded if its prejudicial effect overbears its probative value. The admission of similar facts is an exception to an exclusionary

vant la preuve, l'auteur du crime appartenait.

Je vais examiner ces arrêts pour décider si les principes qui s'en dégagent appuient la conclusion de la Cour d'appel.

(i) *Les faits similaires*

Dans les affaires de faits similaires, il ne suffit pas d'établir que l'accusé fait partie d'un groupe anormal qui a les mêmes propensions que l'auteur du crime. Il doit y avoir d'autres caractéristiques distinctives. Par conséquent, si le crime a été commis par quelqu'un qui a des tendances homosexuelles, il ne suffit pas d'établir que l'accusé est un homosexuel actif ni même qu'il a pratiqué de nombreux actes homosexuels. La preuve offerte doit tendre à démontrer qu'il y a des similitudes frappantes entre la manière dont l'auteur du crime a commis l'acte criminel et cette preuve. Je cite lord Hailsham, dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421 (H.L.), à la p. 454:

[TRADUCTION] ... le fait qu'il est entré par une fenêtre du rez-de-chaussée ne serait certainement pas suffisant pour identifier l'auteur d'une série de vols avec effraction, mais le fait qu'il a laissé le même épigramme sur les murs du salon ou un symbole ésotérique écrit au rouge à lèvres sur le miroir pourrait bien être suffisant. Dans une affaire d'ordre sexuel, pour reprendre un exemple donné au cours des débats devant la Cour d'appel, bien qu'un acte homosexuel répété puisse en lui-même être tout à fait insuffisant pour qu'on admette la preuve à titre de confirmation d'identité ou de dessein, l'allégation que l'auteur de l'acte portait la coiffure de cérémonie d'un chef indien ou un autre costume excentrique pourrait bien suffire dans des circonstances appropriées.

De même, dans l'arrêt *R. v. Taylor* (1982), 66 C.C.C. (2d) 437, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté la preuve que l'accusé était un homosexuel actif, même si l'agression en cause était un acte homosexuel.

Indépendamment de l'exigence que la preuve offerte tende à démontrer que l'accusé partageait certaines caractéristiques distinctives avec l'auteur du crime, cette preuve sera exclue si son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante. L'admission de faits similaires est une exception à

rule of evidence which rules out evidence of past misconduct which would tend to show that the accused had the propensity to commit the crime. As pointed out by Lamer J. in *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190, this rule of exclusion evolved as a result of the repeated exercise of a judicial discretion excluding such evidence because its probative value was outweighed by its prejudicial effect (p. 201). In considering whether an exception should be made, regard must be had for the underlying rationale of the exclusionary rule: does the prejudicial effect of the evidence outweigh its probative value? An exception should be made if the scales tip in favour of probative value. In *Morris, supra*, Lamer J. expressed this principle as follows (at p. 202):

This is not to say that evidence which is relevant to a given issue in a case will of necessity be excluded merely because it also tends to prove disposition. Such evidence will be admitted subject to the judge weighing its probative value to that issue (*e.g.*, identity), also weighing its prejudicial effect, and then determining its admissibility by measuring one to the other. The degree of probative value required to overcome the exclusionary rule is presently the object of some disagreement and the law is as a result somewhat unclear. We do not need consider this aspect of the rule at any length as the facts of this case do not bring us within the exception.

This principle was reaffirmed by La Forest J. (speaking for the majority in this respect) in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670. La Forest J. referred to the cardinal principle of our law of evidence to exclude otherwise relevant evidence if it "may unduly prejudice, mislead or confuse the trier of fact . . ." (p. 714).

Reference was also made to *R. v. Glynn* (1971), 5 C.C.C. (2d) 364 (Ont. C.A.) (leave to appeal refused, [1971] S.C.R. ix), a case in which a murder had apparently been committed by a person with homosexual tendencies. Evidence of previous homosexual acts on the part of the accused were admitted on the issue of identity. That case appears to conflict with *Boardman, supra*, and indeed with the decision in *Taylor*,

une règle d'exclusion de preuve qui écarte la preuve d'inconduite antérieure qui tendrait à démontrer que l'accusé avait la propension à commettre le crime. Comme l'a fait observer le juge Lamer dans l'arrêt *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190, cette règle d'exclusion est le résultat de l'exercice répété d'un pouvoir discrétionnaire judiciaire qui a exclu ce genre de preuve parce que sa valeur probante avait moins de poids que son effet préjudiciable (p. 201). Quand on se demande s'il faut faire une exception, il faut tenir compte de la raison d'être de la règle d'exclusion: l'effet préjudiciable de la preuve a-t-il plus de poids que sa valeur probante? Si la balance penche en faveur de la valeur probante, il y a lieu de faire une exception. Dans l'arrêt *Morris*, précité, le juge Lamer a exprimé ce principe en ces termes (à la p. 202):

Cela ne signifie pas qu'une preuve qui se rapporte à une question litigieuse donnée sera nécessairement exclue simplement parce qu'elle tend également à établir la propension. Une telle preuve sera recevable à la condition que le juge en détermine d'abord la recevabilité en comparant sa valeur probante relativement à la question soulevée (par exemple, l'identité) et l'effet préjudiciable qu'elle risque d'avoir. Le degré de valeur probante requis pour surmonter la règle d'exclusion fait actuellement l'objet d'un désaccord et le droit est donc quelque peu incertain. Point n'est besoin de nous attarder sur cet aspect de la règle, puisque l'exception ne s'applique pas aux faits en l'espèce.

Le juge La Forest (au nom de la majorité à cet égard) a réaffirmé ce principe dans l'arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670. Le juge La Forest a renvoyé au principe fondamental de notre droit de la preuve pour exclure un élément de preuve par ailleurs pertinent s'il «risque de causer un préjudice indu, d'induire en erreur ou d'embrouiller le juge des faits . . .» (p. 714).

On a également mentionné *R. v. Glynn* (1971), 5 C.C.C. (2d) 364 (C.A. Ont.) (autorisation de pourvoi refusée, [1971] R.C.S. ix), une affaire dans laquelle un meurtre avait apparemment été commis par une personne ayant des tendances homosexuelles. La preuve d'actes homosexuels antérieurs de la part de l'accusé a été admise relativement à la question de l'identité. Cet arrêt paraît incompatible avec l'arrêt *Boardman*, pré-

supra. The court in *Glynn* was very much impressed by the analogy to a case in which it is shown that the crime was committed by a left-handed person. In such circumstances clearly evidence would be admissible that the accused was left-handed. The analogy is not apt because the evidence of the accused's physical state is not evidence showing propensity or disposition and therefore is not subject to the policy against the reception of such evidence unless its probative value outweighs its prejudicial effect.

(ii) *Psychiatric Evidence Tendered by the Defence*

Cases such as *R. v. Lupien*, [1970] S.C.R. 263; *R. v. McMillan* (1975), 23 C.C.C. (2d) 160 (Ont. C.A.), aff'd [1977] 2 S.C.R. 824, and *R. v. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385 (Ont. C.A.) (leave to appeal refused, [1975] 1 S.C.R. xi), were cases in which psychiatric evidence was tendered by the defence. The distinction was aptly put by Spence J. in *McMillan* (at p. 828) affirming the judgment of Martin J.A.:

I further agree ... that when such evidence is adduced by the defence there is no policy preventing its admission such as the requirement of fairness to the accused which applies to prevent its being adduced by the Crown.

This passage suggests that such evidence is never admissible when tendered by the Crown even if it is relevant to some issue.

Martin J.A. reiterated this proposition in *R. v. Speid* (1985), 20 C.C.C. (3d) 534. He said (at p. 545):

Such evidence is, however, excluded by a rule of policy when proffered by the Crown against the accused, notwithstanding its relevance. It was not suggested by Crown counsel that the appellant had put his disposition in issue enabling the Crown to rebut an assertion that he was of non-violent disposition: see *R. v. McMillan, supra*.

On the other hand, the Court of Appeal treated the matter as if the only question was whether the evidence had relevance to some other issue, in this case, identity. For instance, Cory J.A. said (at p. 66):

cité, et même avec l'arrêt *Taylor*, précité. Dans l'affaire *Glynn*, la cour a été très impressionnée par l'analogie avec une affaire dans laquelle il était démontré que le crime avait été commis par un gaucher. Dans ces circonstances, la preuve que l'accusé était gaucher serait nettement admissible. L'analogie n'est pas juste parce que la preuve de l'état physique de l'accusé n'est pas une preuve montrant la propension ou la disposition et, par conséquent, elle n'est pas visée par le principe qui écarte ce genre de preuve à moins que sa valeur probante ne l'emporte sur son effet préjudiciable.

(ii) *La preuve psychiatrique offerte par la défense*

Dans les arrêts *R. c. Lupien*, [1970] R.C.S. 263, *R. v. McMillan* (1975), 23 C.C.C. (2d) 160 (C.A. Ont.), conf. [1977] 2 R.C.S. 824, et *R. v. Robertson* (1975), 21 C.C.C. (2d) 385 (C.A. Ont.) (autorisation de pourvoi refusée [1975] 1 R.C.S. xi), la défense a offert une preuve psychiatrique. Le juge Spence a bien énoncé la distinction dans l'arrêt *McMillan*, (  la p. 828) confirmant l'arrêt du juge Martin:

De plus, je suis d'accord [...] que lorsque pareille preuve est produite par la défense, il n'y a pas de principe qui s'oppose à sa recevabilité, telle l'exigence d'équité à l'égard de l'accusé qui s'applique pour empêcher qu'elle soit invoquée par le ministère public.

Cet extrait laisse entendre que cette preuve n'est jamais admissible lorsqu'elle est présentée par la poursuite, même si elle est pertinente relativement à un point en litige.

Le juge Martin a répété cette proposition dans l'arrêt *R. v. Speid* (1985), 20 C.C.C. (3d) 534. Il dit (  la p. 545):

[TRADUCTION] Cette preuve est cependant exclue par une règle de principe lorsqu'elle est présentée par la poursuite contre l'accusé, nonobstant sa pertinence. L'avocat de la poursuite n'a pas dit que l'appelant avait mis sa disposition en cause, ce qui aurait permis à la poursuite de réfuter une affirmation qu'il est un non-violent: voir *R. v. McMillan*, précité.

D'autre part, la Cour d'appel a considéré l'affaire comme si la seule question était de savoir si la preuve était pertinente relativement à un autre point, en l'espèce, l'identité. Par exemple, le juge Cory dit (  la p. 66):

The Crown, however, did not seek to refer to the evidence on the issue of propensity but rather on the issue of identity. The evidence was relevant and significant on the question of the identity of the killer of Christine Jessop, and on that issue it was admissible.

In my opinion, the correct view lies in between these two positions. The evidence should not always be excluded, but neither should it necessarily be admitted because it is relevant to an issue. It seems to me that the policy against the admission of such evidence is satisfied if its probative value exceeds its prejudicial effect. On the other hand, that mere fact that the evidence has some relevance does not secure its admissibility if it does not meet this test.

It is illogical to treat evidence tending to show the accused's propensity to commit the crime differently because such propensity is introduced by expert evidence rather than by means of past similar conduct. If in the latter case the evidence is admitted provided its probative value exceeds its prejudicial effect, then the same test of admissibility should apply in the former case.

Accordingly, when the prosecution tenders expert psychiatric evidence, the trial judge must determine whether it is relevant to an issue in the case apart from its tendency to show propensity. If it is relevant to another issue (e.g. identity), it must then be determined whether its probative value on that other issue outweighs its prejudicial effect on the propensity question. In sum, if the evidence's sole relevance or primary relevance is to show disposition, then the evidence must be excluded.

It is difficult and arguably undesirable to lay down stringent rules for the determination of the relevance of a particular category of evidence. Relevance is very much a function of the other evidence and issues in a case. Attempts in the past to define the criteria for the admission of similar facts have not met with much success (see *Cross on Evidence*, op. cit., at pp. 310-11). The test must

[TRANSDUCTION] La poursuite n'a cependant pas cherché à recourir à la preuve sur la question de la propension, mais plutôt sur la question de l'identité. La preuve était pertinente et importante quant à la question de l'identité du meurtrier de Christine Jessop et, sur ce point, elle était admissible.

À mon avis, la bonne façon de voir se trouve entre ces deux positions. La preuve ne devrait pas toujours être exclue, mais elle ne devrait pas non plus être nécessairement admise parce qu'elle est pertinente relativement à un point en litige. Il me semble que le principe qui s'oppose à l'admission de ce genre de preuve est respecté si sa valeur probante est supérieure à son effet préjudiciable. D'autre part, le simple fait que la preuve a une certaine pertinence n'assure pas son admissibilité si elle ne respecte pas ce critère.

Il est illogique que la preuve qui tend à démontrer la propension de l'accusé à commettre le crime soit traitée différemment parce qu'elle est introduite par un témoignage d'expert plutôt qu'au moyen de la conduite similaire passée. Si, dans le dernier cas, la preuve est admise pourvu que sa valeur probante soit supérieure à son effet préjudiciable, le même critère d'admissibilité devrait s'appliquer au premier cas.

Par conséquent, lorsque la poursuite présente une preuve psychiatrique d'expert, le juge du procès doit déterminer si elle est pertinente relativement à un point litigieux de l'affaire, indépendamment de sa tendance à indiquer la propension. Si elle est pertinente relativement à un autre point (p. ex. l'identité), il faut alors établir si sa valeur probante à cet égard l'emporte sur son effet préjudiciable sur la question de la propension. En somme, si l'unique pertinence ou la pertinence principale de la preuve est de démontrer une propension, alors il faut exclure la preuve.

Il est difficile et peut-on prétendre peu souhaitable de formuler des règles strictes pour servir à déterminer la pertinence d'une catégorie particulière de preuve. La pertinence dépend beaucoup des autres éléments de preuve et des autres points en litige dans une affaire. Les tentatives pour définir par le passé les critères d'admission de faits similaires n'ont pas connu beaucoup de succès

be sufficiently flexible to accommodate the varying circumstances in which it must be applied.

In my opinion, in order to be relevant on the issue of identity the evidence must tend to show that the accused shared a distinctive unusual behavioural trait with the perpetrator of the crime. The trait must be sufficiently distinctive that it operates virtually as a badge or mark identifying the perpetrator. The judgment of Lord Hailsham in *Boardman*, quoted above, provides one illustration of the kind of evidence that would be relevant.

Similarly, psychiatric evidence that the male accused had a strong inclination to choke his female partner during intercourse would be relevant on the issue of identity in a murder case in which death ensued to the female victim as a result of strangulation during intercourse with the perpetrator.

Conversely, the fact that the accused is a member of an abnormal group some of the members of which have the unusual behavioural characteristics shown to have been possessed by the perpetrator is not sufficient. In some cases it may, however, be shown that all members of the group have the distinctive unusual characteristics. If a reasonable inference can be drawn that the accused has those traits then the evidence is relevant subject to the trial judge's obligation to exclude it if its prejudicial effect outweighs its probative value. The greater the number of persons in society having these tendencies, the less relevant the evidence on the issue of identity and the more likely that its prejudicial effect predominates over its probative value.

The evidence of Dr. Orchard referred to above amounts to no more than this. The appellant is a simple schizophrenic. A small percentage of simple schizophrenics have the tendency or capability of committing the crime in question in the abnormal fashion in which it was committed. There is no evidence that the appellant has these tendencies or capability unless one assumes, as Dr. Orchard was asked to do, that the appellant committed the

(voir *Cross on Evidence, op. cit.*, aux pp. 310 et 311). Le critère doit présenter suffisamment de souplesse pour s'adapter aux circonstances diverses dans lesquelles il doit être appliqué.

^a À mon avis, pour être pertinente relativement à la question de l'identité, la preuve doit tendre à démontrer que l'accusé partageait avec l'auteur du crime un trait de comportement distinctif inhabituel. Le trait doit être distinctif au point d'agir presque comme une étiquette ou une marque qui identifie l'auteur du crime. L'extrait précité des motifs de lord Hailsham dans l'arrêt *Boardman* donne un exemple du genre de preuve qui serait pertinente.

^b De même, la preuve psychiatrique que l'accusé avait une forte tendance à étrangler sa partenaire pendant les rapports sexuels serait pertinente relativement à la question de l'identité dans une affaire de meurtre où la victime est morte par suite de strangulation pendant des rapports sexuels avec l'auteur du crime.

^c Inversement, l'appartenance de l'accusé à un groupe anormal dont certains membres présentent des caractéristiques de comportement inhabituelles que possédait l'auteur du crime, n'est pas suffisante. Dans certains cas, cependant, il peut être démontré que tous les membres du groupe ont les caractéristiques distinctives inhabituelles. Si on peut raisonnablement en déduire que l'accusé possède ces traits, la preuve est alors pertinente sous réserve de l'obligation du juge du procès de l'exclure si son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante. Plus le nombre de personnes dans la société présente ces tendances, moins la preuve est pertinente relativement à la question de l'identité et plus il est vraisemblable que son effet préjudiciable soit supérieur à sa valeur probante.

^d Le témoignage déjà mentionné du Dr Orchard signifie simplement ce qui suit. L'appelant est un simple schizophrène. Un faible pourcentage de simples schizophrènes ont tendance à commettre le crime en question de la manière anormale dont il a été commis ou la capacité de le faire. Il n'y a aucune preuve que l'appelant a ces tendances ou cette capacité à moins que l'on ne présume, comme on a demandé au Dr Orchard de le faire, que

crime. Accordingly the learned trial judge was right when he ruled that the evidence was not admissible as proof that the appellant did, in fact, kill Christine Jessop. There was, therefore, no error at trial in this respect.

Fresh Evidence

In view of the conclusion reached with respect to the second ground, it is unnecessary to deal with the ground of appeal relating to the refusal by the Court of Appeal to permit the introduction of fresh evidence. This evidence was designed to explain the testimony of Dr. Orchard referred to above in order to support the contention that it was not relevant.

In view of the procedure adopted by the appellant in this case and the absence of any guidance in the rules or authorities as to the practice in this Court in respect of this matter, I propose to make a few observations which I hope will be helpful. This is not intended as a criticism of counsel in this case.

In *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480, McIntyre J. has dealt exhaustively with the procedure to be followed in the Court of Appeal when fresh evidence is sought to be introduced under s. 610 of the *Criminal Code*. *Stolar* was a case in which the fresh evidence was tendered in aid of an order for a new trial on the basis that its availability at trial could reasonably have affected the verdict.

The fresh evidence in this appeal was not sought for that purpose but in aid of a submission that there should not be a new trial. The Court of Appeal dismissed the application. As pointed out by McIntyre J. in *Stolar*, at p. 491, they are empowered to do so. Indeed, that is the correct course where the conditions for the introduction of fresh evidence are absent. This Court was not given the same opportunity by reason of the procedure adopted. The refusal of the Court of Appeal was made a ground of appeal, the fresh evidence of Dr. Orchard was included in the Case on Appeal (apparently by agreement between counsel), referred to in the appellant's factum and during

l'appelant a commis le crime. Par conséquent, le savant juge du procès a eu raison de décider que la preuve n'était pas admissible comme preuve que l'appelant avait, en fait, tué Christine Jessop. Il n'y a donc pas eu d'erreur au procès à cet égard.

La nouvelle preuve

Compte tenu de ma conclusion sur le second moyen, il est inutile d'examiner le moyen d'appel portant sur le refus de la Cour d'appel de permettre la présentation d'une nouvelle preuve. Cette preuve était destinée à expliquer le témoignage déjà mentionné du Dr Orchard afin d'appuyer la prétention qu'il n'était pas pertinent.

Vu la façon de procéder adoptée par l'appelant en l'espèce et en l'absence de toute indication dans les règles ou les précédents sur la pratique en cette Cour à cet égard, je vais faire quelques observations qui, je l'espère, seront utiles. Elles ne se veulent pas une critique des avocats en l'espèce.

Dans l'arrêt *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480, le juge McIntyre a traité en détail de la procédure à suivre en Cour d'appel lorsqu'on cherche à présenter une nouvelle preuve en vertu de l'art. 610 du *Code criminel*. Dans l'affaire *Stolar*, on avait offert une nouvelle preuve à l'appui d'une ordonnance de nouveau procès sur le fondement que, si elle avait pu être présentée au procès, il était raisonnable de croire que le verdict aurait été différent.

En l'espèce, on a plutôt cherché à présenter la nouvelle preuve pour appuyer la prétention qu'il ne devrait pas y avoir de nouveau procès. La Cour d'appel a rejeté la demande. Comme l'a signalé le juge McIntyre dans l'arrêt *Stolar*, à la p. 491, elle a le pouvoir de le faire. C'est même la bonne façon de faire lorsque les conditions de présentation d'une nouvelle preuve sont absentes. Cette Cour n'a pas eu la même possibilité en raison de la procédure adoptée. Le refus de la Cour d'appel est devenu un moyen d'appel, le nouveau témoignage du Dr Orchard a été inclus dans le dossier conjoint (apparemment du consentement des avocats), mentionné dans le mémoire de l'appelant et au

oral argument, all as if the Court had ruled that it would hear the evidence.

I can understand the appellant's dilemma. If reference was to be made to the evidence during the argument of this appeal it would not await a determination of that ground of appeal unless that ground was argued first and disposed of before the rest of the appeal was heard.

In order to solve this dilemma, a party who intends to introduce fresh evidence in the argument of an appeal in this Court should apply by motion to this Court for an order admitting the new evidence. The application should be supported by an affidavit establishing the pre-conditions for the reception of such evidence (see *Stolar, supra*, and *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759). No such affidavit was filed by the appellant in this Court, nor apparently in the Court of Appeal.

If this procedure is adopted when the Court of Appeal has refused to hear the evidence, a motion can be made to this Court in advance of the appeal to determine whether it will hear the evidence. Nothing is gained by making the Court of Appeal's refusal a ground of appeal since the criteria for admissibility of the evidence are precisely the same in this Court as in the Court of Appeal.

Disposition

What consequences flow from the finding of misdirection on ground one but not ground two?

In the Court of Appeal, Cory J.A. would not have directed a new trial by reason of the heavy onus resting on the Crown in the case of an appeal from an acquittal. He was also of the opinion that the jury must have accepted the alibi evidence introduced by the defence or had a reasonable doubt with respect to it.

Robins J.A. would have directed a new trial based on the two errors. It is not clear that he would not have done so on the basis of the error in ground one alone. At the conclusion of his reasons relating to ground one he said (at p. 81):

cours des plaidoiries, tout cela comme si la Cour avait décidé d'entendre le témoignage.

Je peux comprendre le dilemme de l'appelant. Si mention du témoignage devait être faite au cours des plaidoiries en l'espèce, cela se ferait avant une décision sur ce moyen d'appel à moins qu'il ne soit d'abord plaidé et tranché avant l'audition du reste du pourvoi.

Pour résoudre ce dilemme, une partie, qui a l'intention de présenter une nouvelle preuve au cours des plaidoiries dans un pourvoi devant cette Cour, devrait présenter à cette Cour une requête en recevabilité d'une nouvelle preuve. La requête devrait être appuyée d'un affidavit établissant les conditions préalables à la recevabilité de cette preuve (voir les arrêts *Stolar*, précité, et *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759). L'appelant n'a pas produit ce genre d'affidavit en cette Cour ni, apparemment, en Cour d'appel.

Si cette procédure est adoptée, quand la Cour d'appel a refusé de recevoir la preuve on peut, par requête adressée à cette Cour avant l'audition du pourvoi, lui demander si elle la recevra. On ne gagne rien à faire du refus de la Cour d'appel un moyen d'appel puisque les critères d'admissibilité de la preuve sont exactement les mêmes en cette Cour et en Cour d'appel.

Conclusion

Quelles conséquences la conclusion qu'il y a eu directive erronée à l'égard du premier moyen mais non à l'égard du second a-t-elle?

En Cour d'appel, le juge Cory n'aurait pas ordonné la tenue d'un nouveau procès à cause du lourd fardeau imposé à la poursuite dans le cas d'un appel contre un acquittement. Il a également exprimé l'opinion que le jury avait dû accepter la preuve d'alibi présentée par la défense ou qu'il avait un doute raisonnable à cet égard.

Le juge Robins aurait ordonné un nouveau procès à cause des deux erreurs. Il n'est pas clair qu'il ne l'aurait pas fait à cause de l'erreur à l'égard du premier moyen seulement. À la fin de ses motifs sur le premier moyen, il a dit (à la p. 81):

The correct instruction stated as it was in general terms did not overcome the possible consequences of the incorrect instructions aimed as they were one by one at separate parts of the Crown's case relating to the identity of the killer of Christine Jessop. In my opinion, the considerations which led to a new trial being directed in *Bouvier* apply with equal force to this situation.

Brooke J.A. attached a great deal of importance to the misdirection relating to the burden of proof and concluded (at p. 85) that:

I think the onus on the Crown is satisfied when one examines the result of departing from the principle that proof beyond a reasonable doubt applies when the jury considers the whole of the evidence which it believes to determine the guilt or innocence of the accused, and not the test which is applied to individual pieces of the evidence. As to the individual pieces of the evidence, the fundamental issue is whether or not the jury believes that evidence and the facts that are to be found from it.

The onus resting on the Crown when it appeals an acquittal was settled in *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277. It is the duty of the Crown to satisfy the court that the verdict would not necessarily have been the same if the jury had been properly instructed.

I am prepared to accept that the onus is a heavy one and that the Crown must satisfy the court with a reasonable degree of certainty. An accused who has been acquitted once should not be sent back to be tried again unless it appears that the error at the first trial was such that there is a reasonable degree of certainty that the outcome may well have been affected by it. Any more stringent test would require an appellate court to predict with certainty what happened in the jury room. That it cannot do.

I do not agree with Cory J.A. that we can say that the jury accepted or was in doubt about the alibi evidence. As pointed out by Mr. Fairgrieve, counsel for the respondent, the jury might not have found it necessary to deal with the alibi because when the Crown's evidence was examined piecemeal and subjected in isolation to the criminal standard, there was no case left against the appel-

[TRADUCTION] La bonne directive énoncée en des termes généraux n'écartait pas les conséquences possibles des directives erronées qui visaient une à une des parties distinctes de la preuve de la poursuite relativement à l'identité du meurtrier de Christine Jessop. À mon avis, les considérations qui ont motivé l'ordonnance de nouveau procès dans l'affaire *Bouvier* s'appliquent avec autant de force à la présente situation.

Le juge Brooke a accordé une grande importance à la directive erronée relative à la charge de la preuve et a conclu (à la p. 85):

[TRADUCTION] Je crois que la poursuite s'est acquittée de la charge qui lui incombait quand on examine les conséquences de la non-application du principe que la preuve hors de tout doute raisonnable est la règle lorsque le jury examine l'ensemble de la preuve qui, à son avis, détermine la culpabilité ou l'innocence de l'accusé, et non le test qui est appliqué à des éléments de preuve individuels. Quant aux éléments de preuve individuels, la question fondamentale est de savoir si le jury croit cette preuve et les faits qu'il faut en dégager.

L'étendue de la charge qui incombe à la poursuite quand elle en appelle d'un acquittement a été établie dans l'arrêt *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277. La poursuite a l'obligation de convaincre la Cour que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le jury avait reçu des directives appropriées.

Je reconnais volontiers que cette charge est lourde et que la poursuite doit convaincre la cour avec un degré raisonnable de certitude. Un accusé qui a déjà été acquitté une fois ne devrait pas être renvoyé à un nouveau procès s'il n'est pas évident que l'erreur qui entache le premier procès était telle qu'il y a un degré raisonnable de certitude qu'elle a bien pu influencer sur le résultat. Tout critère plus strict exigerait qu'une cour d'appel prédise avec certitude ce qui s'est passé dans la salle de délibérations, ce qu'elle ne peut faire.

Je ne partage pas l'avis du juge Cory selon lequel nous pouvons dire que le jury a accepté la preuve d'alibi ou avait des doutes à son égard. Comme l'a signalé M^e Fairgrieve, avocat de l'intimée, le jury a pu ne pas estimer nécessaire de traiter de l'alibi parce que, après avoir examiné élément par élément la preuve à charge et les avoir soumis isolément à la norme en matière criminelle,

lant. Or the jury may have rejected the alibi but found that what was left of the Crown's case did not satisfy them beyond a reasonable doubt.

The charge with respect to the burden of proof lays down for the jury one of the most fundamental rules of the game. Experience and jury studies tend to confirm the importance of these rules in relation to the outcome (see *Wigmore on Evidence*, op. cit., § 2497, fn. 9). The Court of Appeal recognized this principle in *Bouvier, supra*, and was affirmed by this Court. If, as I have found, the jury accepted the instruction and examined the evidence separately subjecting each item to the standard of proof beyond a reasonable doubt, then the whole process of decision was distorted and there has not been a proper trial of the appellant.

In my opinion, therefore, the Crown has discharged the onus. Given the cogency of the evidence, I have the requisite degree of certainty that the verdict would not necessarily have been the same if the proper instruction had been given.

Accordingly, the appeal is dismissed.

The reasons of Lamer and Wilson JJ. were delivered by

WILSON J.—I have had the benefit of reading the reasons of my colleague, Justice Sopinka, and while I agree with his disposition of the appellant's second ground of appeal for the reasons given by him and with his disposition of the appeal as a whole, i.e., to dismiss it, I have some reservations about his approach to the reasonable doubt issue. I prefer therefore to write my own concurring reasons on this aspect of the appeal.

All three members of the Court of Appeal (1987), 36 C.C.C. (3d) 50 found that the following passages from Craig J.'s charge to the jury were erroneous:

(i) (in the context of credibility)

If you have a reasonable doubt about any of the evidence you will give the benefit of the doubt to the accused with respect to such evidence.

il ne restait plus rien qui soit opposable à l'appellant. Ou encore le jury a pu rejeter la défense d'alibi, mais conclure que ce qui restait de la preuve à charge ne le convainquait pas hors de tout doute raisonnable.

L'exposé sur la charge de la preuve présente au jury une des règles du jeu les plus fondamentales. L'expérience et les études sur le jury tendent à confirmer l'importance de ces règles sur le résultat (voir *Wigmore on Evidence*, op. cit., § 2497, note 9). Ce principe a été reconnu par la Cour d'appel dans l'arrêt *Bouvier*, précité, et a été confirmé par cette Cour. Si, comme je l'ai conclu, le jury a accepté la directive et examiné les éléments de preuve séparément, soumettant chacun à la norme de preuve hors de tout doute raisonnable, alors tout le processus de décision a été faussé et l'appellant n'a pas eu un procès régulier.

À mon avis, donc, la poursuite s'est acquittée de la charge qui lui incombait. Étant donné la force de la preuve, j'ai le degré requis de certitude que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si la directive appropriée avait été donnée.

Par conséquent, le pourvoi est rejeté.

Version française des motifs des juges Lamer et Wilson rendus par

LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Sopinka et, bien que je sois d'accord avec sa conclusion quant au second moyen d'appel de l'appellant pour les motifs qu'il a donnés et avec sa conclusion quant au pourvoi dans son ensemble, c'est-à-dire de le rejeter, j'ai quelques réserves au sujet de son interprétation de la question du doute raisonnable. Je préfère donc rédiger mes propres motifs concordants sur cet aspect du pourvoi.

Les trois juges de la Cour d'appel (1987), 36 C.C.C. (3d) 50 ont conclu que les passages suivants de l'exposé du juge Craig au jury étaient erronés:

[TRANSDUCTION]

(i) (concernant la crédibilité)

Si vous avez un doute raisonnable quant à un témoignage, vous accorderez à l'accusé le bénéfice du doute à cet égard. Ayant décidé quel

Having decided what evidence you consider worthy of belief, you will consider it as a whole, of course, in arriving at your verdict.

(ii) (with respect to the hair and fibre evidence)

It seems to me that this evidence does not go beyond proving that Christine could have been in the Honda motor vehicle and that the accused could have been at the scene of killing and, of course, that is not proof beyond a reasonable doubt.

(iii) (with respect to the respondent's statements to the undercover officer)

I was going to go on to say that if you find that the evidence of the accused at trial here represents the correct interpretation of those tapes and transcripts, or parts of the tapes and transcripts, or if you have a reasonable doubt that that might be so, you will give him the benefit of the doubt as to those parts of the tapes or transcripts and adopt his interpretation.

(iv) (with respect to the respondent's statements to his cellmate)

Now, as to the evidence in relation to that part of the tape that I have just read, if you find the evidence of the accused at trial represents the correct interpretation of that exchange, or if you have a reasonable doubt that that may be so, you will give the benefit of the doubt to the accused and adopt his interpretation.

Cory J.A. concluded (for the Court) that they constituted misdirection because "the standard of proof beyond a reasonable doubt does not apply to the individual items of evidence which make up the Crown's case but rather to the total body of evidence upon which the Crown relies to prove the guilt of the accused" (p. 60).

Mr. Ruby takes issue with this statement. He submits that the Court of Appeal failed to recognize that the deliberations of the jury involve a two-stage process and that the reasonable doubt doctrine plays a role at both stages. If the evidence does not pass the first stage, Mr. Ruby submits, it never gets considered at the second stage. I believe that the authorities relied on by Mr. Ruby support his submission that reasonable doubt plays two distinct roles in the criminal trial process.

témoignage vous estimez digne de foi, vous l'examinerez dans son ensemble, évidemment, pour arriver à votre verdict.

(ii) (concernant les cheveux et les fibres)

Il me semble que cette preuve ne fait pas plus que démontrer que Christine a pu se trouver dans l'auto Honda et que l'accusé a pu se trouver sur les lieux du meurtre et, évidemment, ce n'est pas là une preuve hors de tout doute raisonnable.

(iii) (concernant les déclarations de l'intimé à l'agent secret)

J'allais vous dire que si vous concluez que le témoignage de l'accusé à ce procès constitue la bonne interprétation de ces bandes et de ces transcriptions, ou de parties de celles-ci, ou si vous avez un doute raisonnable que ce pourrait être le cas, vous lui accorderez le bénéfice du doute quant à ces parties des bandes ou transcriptions et vous adopterez son interprétation.

(iv) (concernant la déclaration de l'intimé à son compagnon de cellule)

Maintenant, quant à ce témoignage relativement à cette partie de la bande que je viens de lire, si vous concluez que le témoignage de l'accusé au procès constitue la bonne interprétation de cette conversation, ou si vous avez un doute raisonnable que ce peut être le cas, vous accorderez le bénéfice du doute à l'accusé et adopterez son interprétation.

Le juge Cory a conclu (au nom de la Cour d'appel) qu'il s'agissait de directives erronées parce que [TRADUCTION] «la norme de preuve hors de tout doute raisonnable ne s'applique pas aux éléments de preuve individuels qui forment la cause de la poursuite, mais plutôt à tout l'ensemble de la preuve sur laquelle se fonde la poursuite pour établir la culpabilité de l'accusé» (p. 60).

M^e Ruby conteste cette affirmation. Il allègue que la Cour d'appel n'a pas reconnu que les délibérations du jury comportent une démarche en deux étapes et que la doctrine du doute raisonnable joue un rôle dans chacune. Si la preuve ne passe pas la première étape, allègue-t-il, elle n'est jamais examinée à la seconde étape. Je crois que la jurisprudence et la doctrine qu'invoque M^e Ruby appuient son allégation que le doute raisonnable joue deux rôles distincts dans un procès criminel.

First, at the primary level, the facts upon which the jury rely in order to arrive at a determination of guilt must be established beyond a reasonable doubt. This does not mean, as the trial judge apparently thought, that each fact in isolation from the rest must be proved beyond a reasonable doubt. Rather, it means that the jury must be satisfied, within the context of all the facts of the case, that each of the facts they rely on for a finding of guilt has been proved beyond a reasonable doubt. After looking at the context of all the facts, if the jury still has a reasonable doubt about a particular fact, this doubt must be resolved in favour of the accused and that piece of evidence rejected.

At the second level, reasonable doubt operates in the determination of guilt or innocence. The jury must look at the totality of the evidence and determine whether on the proved facts, i.e., on those facts which have survived the scrutiny at the primary level, the accused is guilty. If there remains a reasonable doubt as to the accused's guilt, the doubt must be resolved in favour of the accused and a verdict of not guilty entered. Neither counsel questions this latter proposition. The Court of Appeal's statement that "reasonable doubt does not apply to the individual items of evidence which make up the Crown's case" does, however, cast doubt on the role of the doctrine at the first stage of the process. Was the Court of Appeal wrong? In my view, both authority and logic suggest that it was.

In *Nadeau v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 570, Lamer J. made the following comment at p. 573 on the issue of the standard of proof which must be met for the facts upon which a conviction is based:

The jurors cannot accept his version [of the facts], or any part of it, unless they are satisfied beyond all reasonable doubt, having regard to all the evidence, that the events took place in this manner; otherwise, the accused is entitled, unless a fact has been established beyond a reasonable doubt, to the finding of fact the most favourable to him, provided of course that it is based on evidence in the record and not mere speculation. [Emphasis added.]

D'abord, au premier niveau, les faits sur lesquels se fonde le jury pour arriver à un verdict de culpabilité doivent être établis hors de tout doute raisonnable. Cela ne signifie pas, comme le juge du procès semble l'avoir pensé, que chaque fait pris isolément doit être prouvé hors de tout doute raisonnable. Cela signifie plutôt que le jury doit être convaincu, dans le contexte de tous les faits de la cause, que chacun des faits sur lesquels il se fonde pour conclure à la culpabilité a été prouvé hors de tout doute raisonnable. Si, après avoir examiné le contexte de tous les faits, le jury a encore un doute raisonnable sur un fait particulier, ce doute doit profiter à l'accusé et cet élément de preuve être rejeté.

Au second niveau, le doute raisonnable influe sur la détermination de la culpabilité ou de l'innocence. Le jury doit examiner la totalité de la preuve et déterminer si, suivant les faits établis, c'est-à-dire suivant les faits qui ont résisté à l'examen au premier niveau, l'accusé est coupable. S'il subsiste un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé, le doute doit profiter à l'accusé et un verdict de non-culpabilité inscrit. Aucun des avocats n'a contesté cette dernière proposition. L'affirmation de la Cour d'appel que «la norme de preuve hors de tout doute raisonnable ne s'applique pas aux éléments de preuve individuels qui forment la cause de la poursuite» jette cependant un doute sur le rôle de la doctrine à la première étape du processus. La Cour d'appel s'est-elle trompée? À mon avis, tant la jurisprudence que la logique semblent indiquer une réponse affirmative.

Dans l'arrêt *Nadeau c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 570, le juge Lamer a fait le commentaire suivant à la p. 573 sur la norme de preuve à laquelle doivent satisfaire les faits sur lesquels est fondée une déclaration de culpabilité:

Les jurés ne peuvent retenir sa version [des faits], ou portion de celle-ci, que s'ils sont, en regard de toute la preuve, satisfaits hors de tout doute raisonnable que les événements se sont passés comme tels; à défaut de quoi, et à moins qu'un fait ne soit prouvé hors de tout doute raisonnable, l'accusé a droit à la détermination de fait qui lui est la plus favorable, en autant, bien sûr, qu'elle repose sur une preuve au dossier et n'est pas pure spéculation. [Je souligne.]

I believe this statement is addressing the role of the reasonable doubt doctrine at the primary, i.e., the fact-finding stage. It requires a fact elicited through the mouth of a witness to be assessed by the jury in the context of all the evidence and to be rejected if it has not been proved beyond a reasonable doubt.

In *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652, Chief Justice Dickson, speaking on this particular point for a unanimous Court, cited the foregoing passage from *Nadeau* with approval and applied the reasonable doubt doctrine to the fact-finding process. Referring to the judge's charge in *Thatcher* he said at p. 701:

Moreover, early on in his charge he stated:

It is up to you to weigh the evidence of each witness, one against the other, and determine what you find to be true and reject what you do not believe. [Emphasis in original.]

When the offending passages are read with the above and subsequent admonitions, it is clear—and, I believe, must have been clear to the jury—that the trial judge means “accept beyond a reasonable doubt” when he refers to “accepting” Crown evidence, and means “accept as raising a reasonable doubt” when he refers to “accepting” defence evidence. I believe there was no error made when the charge is read as a whole.

The issue was addressed in much greater depth by the High Court of Australia in *Chamberlain v. The Queen*, [1984] 58 A.L.J.R. 133. Gibbs C.J. and Mason J. set out the question as follows at p. 139:

The final question of law that arises is whether, in a case where the evidence is circumstantial, each fact on which an inference is sought to be based must itself be proved beyond a reasonable doubt. In considering this matter it is necessary to keep distinct a number of questions which tend to be confused. In the first place, the question arises whether the proper method of approach to the facts is for the jury to consider each item of evidence separately, and to eliminate it from consideration unless satisfied about it beyond a reasonable doubt.

Je crois que cet énoncé vise le rôle de la doctrine du doute raisonnable à la première étape, c'est-à-dire celle de la recherche des faits. Elle exige qu'un fait exposé oralement par un témoin soit évalué par le jury dans le contexte de toute la preuve et rejeté s'il n'a pas été prouvé hors de tout doute raisonnable.

Dans l'arrêt *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652, le juge en chef Dickson, exprimant sur ce point l'opinion unanime de la Cour, a cité l'extrait précédent de l'arrêt *Nadeau* en l'approuvant et a appliqué la doctrine du doute raisonnable au processus de recherche des faits. En parlant de l'exposé du juge dans l'affaire *Thatcher*, il dit à la p. 701:

De plus, il avait déjà déclaré ceci dans son exposé au jury:

[TRADUCTION] Il vous revient d'évaluer le témoignage de chaque témoin, l'un en fonction de l'autre, de déterminer ce que vous croyez être vrai et de rejeter ce à quoi vous n'ajoutez pas foi. [Souligné dans l'original.]

Lorsque les passages fautifs sont rapprochés de cet avertissement et des avertissements subséquents, il est évident, et, à mon avis il doit avoir été évident pour le jury, que le juge du procès veut dire «accepter hors de tout doute raisonnable» lorsqu'il parle d'«accepter» les éléments de preuve du ministère public et veut dire «accepter comme soulevant un doute raisonnable» lorsqu'il parle d'«accepter» les éléments de preuve de la défense. Je crois qu'aucune erreur n'a été commise si on lit l'exposé dans son ensemble.

La High Court d'Australie a examiné la question beaucoup plus en profondeur dans l'arrêt *Chamberlain v. The Queen*, [1984] 58 A.L.J.R. 133. Le juge en chef Gibbs et le juge Mason ont formulé la question en ces termes à la p. 139:

[TRADUCTION] La dernière question de droit qui se pose est de savoir si, dans une affaire où la preuve est de nature circonstancielle, chaque fait sur lequel on cherche à fonder une déduction doit lui-même être prouvé hors de tout doute raisonnable. Dans l'examen de cette question, il ne faut pas mélanger un certain nombre de questions qui tendent à être confondues. En premier lieu, il faut déterminer si la bonne méthode pour le jury d'aborder les faits est d'examiner chaque élément de preuve séparément et de l'éliminer s'il n'est pas convaincu hors de tout doute raisonnable à son égard.

The Justices repudiated that approach. They stated at p. 139:

We have no doubt that the position is correctly stated in the following passage in *R. v. Beble*, [1979] Qd. R. 278 at 289, that “It is not the law that a jury should examine separately each item of evidence adduced by the prosecution, apply the onus of proof beyond reasonable doubt as to that evidence and reject it if they are not so satisfied”. At the end of the trial the jury must consider all the evidence, and in doing so they may find that one piece of evidence resolves their doubts as to another. For example, the jury, considering the evidence of one witness by itself, may doubt whether it is truthful, but other evidence may provide corroboration, and when the jury considers the evidence as a whole they may decide that the witness should be believed. Again, the quality of evidence of identification may be poor, but other evidence may support its correctness; in such a case the jury should not be told to look at the evidence of each witness “separately in, so to speak, a hermetically sealed compartment”; they should consider the accumulation of the evidence . . .

At page 140 the Justices expressed their agreement with the observation in *R. v. Van Beelen* (1973), 4 S.A.S.R. 353 (S.C. *in banco*), at p. 379, that it is “an obvious proposition in logic, that you cannot be satisfied beyond reasonable doubt of the truth of an inference drawn from facts about the existence of which you are in doubt”.

The Justices then tried to resolve a confusion (p. 140) that had arisen from another passage in *Van Beelen* which had been taken by some to suggest that the jury was literally required to split up their deliberations into two separate stages:

The court [in *Van Beelen*] said, at p. 374:

“But the requirement of proof beyond reasonable doubt relates to the final stage in the process; the jury is not, in our view, required to split up the various stages in the process of reasoning leading to the conclusion of guilt beyond reasonable doubt and to apply some particular standard of proof to each of those steps . . . and to instruct them to do so would, in our view, be confusing and possibly misleading and would tend to the imposition of an artificial and scholastic straight-jacket on their deliberations.

Les juges ont rejeté cette méthode. Ils ont dit à la p. 139:

[TRADUCTION] Nous n’avons pas de doute que la position est correctement formulée dans l’extrait suivant de l’arrêt *R. v. Beble*, [1979] Qd. R. 278, à la p. 289: «Il n’est pas reconnu en droit qu’un jury doit examiner séparément chaque élément de preuve produit par la poursuite, appliquer à cet élément la charge de la preuve hors de tout doute raisonnable et le rejeter s’il n’a pas cette conviction». À la fin du procès, le jury doit examiner toute la preuve et, ce faisant, il peut conclure qu’un élément de preuve dissipe ses doutes quant à un autre. Par exemple, dans l’examen de la déposition d’un témoin en elle-même, le jury peut douter de sa véracité, mais d’autres éléments de preuve peuvent le corroborer et, lorsque le jury examine la preuve comme un tout, il peut décider de croire ce témoin. Encore une fois, la qualité de la preuve d’identification peut être faible, mais d’autres éléments de preuve peuvent appuyer son exactitude; en pareil cas, on ne devrait pas dire au jury d’examiner la déposition de chaque témoin «séparément dans, pour ainsi dire, un compartiment hermétiquement fermé»; il doit examiner la somme des éléments de preuve . . .

À la page 140, les juges ont exprimé leur accord avec l’observation formulée dans l’arrêt *R. v. Van Beelen* (1973), 4 S.A.S.R. 353 (S.C. *en banc*), à la p. 379, qu’ [TRADUCTION] «il est tout à fait logique qu’on ne puisse être convaincu hors de tout doute raisonnable de l’exactitude d’une déduction tirée de faits dont l’existence soulève un doute».

Les juges ont alors tenté de dissiper une confusion (à la p. 140) qu’avait suscitée un autre extrait de l’arrêt *Van Beelen* que d’aucuns avaient interprété comme suggérant que le jury était littéralement tenu de diviser ses délibérations en deux étapes distinctes:

[TRADUCTION] La cour [dans l’arrêt *Van Beelen*] a dit, à la p. 374:

«Mais l’exigence d’une preuve hors de tout doute raisonnable se rapporte à l’étape finale du processus; à notre avis, le jury n’est pas tenu de diviser les diverses étapes du processus de raisonnement conduisant à la conclusion de culpabilité hors de tout doute raisonnable et d’appliquer une norme de preuve particulière à chacune de ces étapes [. . .] et, à notre avis, lui donner comme directive d’agir de cette façon serait susceptible de créer de la confusion et éventuellement de l’induire en erreur et tendrait à imposer à ses délibérations un carcan artificiel et théorique.

That, of course, does not mean that they ought to be encouraged or permitted to draw inferences of guilt from doubtful facts. As a matter of common sense it is impossible to infer guilt beyond reasonable doubt from facts which are in doubt. There is a clear distinction between drawing an inference of guilt from a combination of several proved facts, none of which by itself would support the inference, and drawing an inference of guilt from several facts whose existence is in doubt. In the first place the combination does what each fact taken in isolation could not do; in the second case the combination counts for nothing.”

It is clear that the first part of this statement was not intended to contradict the second. It refers only to the manner in which the jury should be directed. It is quite correct to say that the jury are not required to split up the various stages in the process of their reasoning: they are not required to make findings on questions of primary fact, and jurors who agree in reaching the same ultimate conclusion may nevertheless disagree as to what evidence is to be accepted, or as to what inferences are to be drawn from evidence which they do accept. However, that does not mean that the jury may draw an inference of guilt from a fact which is not proved beyond reasonable doubt. [Emphasis added.]

The Justices then (p. 140) adopted the following passage from *Van Beelen* as to what instruction should be given to the jury:

We think, as we shall develop later, that the jury should be told that they can draw inferences only from facts which are clearly proved, but further than that it is neither necessary nor desirable to go.

and rejected a criticism which had been made of it:

Sir Richard Eggleston in *Evidence, Proof and Probability* (2nd ed., 1983), p. 122, expresses the view that this statement is erroneous. With all respect we do not agree with the criticism of the learned author, but it must be understood that the court was intending to say that inferences cannot be drawn from facts that remain doubtful at the end of the jury's consideration, and did not mean that facts which, viewed in isolation, seem doubtful must be disregarded. However, in our opinion, it must follow from the reasoning in *R. v. Van Beelen* that the jury can draw inferences only from facts which are proved beyond reasonable doubt. [Emphasis added.]

Évidemment, cela ne signifie pas qu'il faudrait l'encourager ou l'autoriser à tirer des conclusions de culpabilité à partir de faits douteux. Le bon sens nous dit qu'il est impossible de conclure à la culpabilité hors de tout doute raisonnable à partir de faits douteux. Il existe une distinction claire entre déduire la culpabilité d'une combinaison de plusieurs faits établis dont aucun en lui-même n'appuie la déduction, et déduire la culpabilité à partir de différents faits dont l'existence est douteuse. Dans le premier cas, la combinaison accomplit ce que chaque fait pris isolément ne peut accomplir; dans le second, la combinaison n'a aucun effet.»

Il est évident que la première partie de cette affirmation ne voulait pas contredire la seconde. Elle parle seulement de la manière de donner des directives au jury. Il est tout à fait exact de dire que le jury n'est pas tenu de diviser les diverses étapes de son processus de raisonnement: il n'est pas tenu de tirer des conclusions sur des questions de fait primaire, et les jurés qui sont d'accord sur la conclusion peuvent néanmoins être d'avis différents quant à savoir quels éléments de preuve doivent être acceptés, ou quelles conclusions doivent être tirées des éléments de preuve qu'ils acceptent. Cela ne signifie toutefois pas que le jury peut tirer une conclusion de culpabilité à partir d'un fait qui n'est pas prouvé hors de toute doute raisonnable. [Je souligne.]

Les juges ont alors (à la p. 140) adopté le passage suivant de l'arrêt *Van Beelen* quant à la directive qu'il faut donner au jury:

[TRADUCTION] Nous pensons, comme nous l'expliquerons plus loin, qu'il faut dire au jury qu'il ne peut faire de déductions qu'à partir des faits qui sont clairement prouvés, mais qu'il n'est ni nécessaire ni souhaitable d'aller plus loin.

et ils ont rejeté une critique dont il avait fait l'objet:

[TRADUCTION] Dans l'ouvrage *Evidence, Proof and Probability* (2nd ed., 1983), à la p. 122, sir Richard Eggleston exprime l'opinion que cette affirmation est erronée. Avec égards, nous ne sommes pas d'accord avec la critique de l'auteur, mais il faut comprendre que la cour voulait dire que des déductions ne peuvent être faites à partir de faits qui demeurent douteux à la fin de l'examen du jury, et qu'elle ne voulait pas dire que les faits qui, pris isolément, semblent douteux doivent être écartés. À notre avis, cependant, il découle nécessairement du raisonnement dans l'arrêt *R. v. Van Beelen* que le jury ne peut faire de déductions qu'à partir de faits qui sont prouvés hors de tout doute raisonnable. [Je souligne.]

The Justices referred at p. 141 to the conflict of authority on the subject in the United States:

In the United States there is a conflict of authority on the question, and we do not share Wigmore's apparent preference for the view that it is only the whole issue (or the elements of the offence) that must be proved beyond a reasonable doubt: *Wigmore on Evidence* (3rd. ed., 1940), vol. IX, p. 324.

Murphy J. concurred with Gibbs C.J. and Mason J. at p. 155:

I agree that requirement of proof beyond reasonable doubt means that any fact should not be accepted for the purpose of inferring guilt unless, in the light of all the evidence, existence of that fact is established beyond reasonable doubt. Every crucial element must be proved beyond reasonable doubt.

Brennan J. added his concurrence at p. 168:

The prosecution case rested on circumstantial evidence. Circumstantial evidence can, and often does, clearly prove the commission of a criminal offence, but two conditions must be met. First, the primary facts from which the inference of guilt is to be drawn must be proved beyond reasonable doubt. No greater cogency can be attributed to an inference based upon particular facts than the cogency that can be attributed to each of those facts. Secondly, the inference of guilt must be the only inference which is reasonably open on all the primary facts which the jury finds. The drawing of the inference is not a matter of evidence: it is solely a function of the jury's critical judgment of men and affairs, their experience and their reason. An inference of guilt can safely be drawn if it is based upon primary facts which are found beyond reasonable doubt and if it is the only inference which is reasonably open upon the whole body of primary facts.

Only Deane J. disagreed on this issue (p. 181).

I find the position taken by the majority in *Chamberlain* compelling and consistent with this Court's approach in *Nadeau* and *Thatcher*. Moreover, as a matter of strict logic the approach has a lot to commend it. How could one come to a conclusion with any degree of certainty if one has

À la page 141, les juges ont mentionné le conflit doctrinal américain à ce sujet:

[TRADUCTION] Aux États-Unis, il existe un conflit doctrinal sur la question et nous ne partageons pas la préférence évidente de Wigmore pour l'opinion que ce n'est que l'ensemble de la question litigieuse (ou les éléments de l'infraction) qui doit être prouvé hors de tout doute raisonnable: *Wigmore on Evidence* (3rd ed., 1940), vol. IX, p. 324.

Le juge Murphy a souscrit à l'opinion du juge en chef Gibbs et du juge Mason à la p. 155:

[TRADUCTION] Je conviens que l'exigence de la preuve hors de tout doute raisonnable signifie qu'aucun fait ne devrait être accepté pour déduire la culpabilité à moins que, compte tenu de toute la preuve, l'existence de ce fait ne soit établi hors de tout doute raisonnable. Chaque élément crucial doit être prouvé hors de tout doute raisonnable.

Le juge Brennan a ajouté son opinion concordante à la p. 168:

[TRADUCTION] La poursuite s'appuyait sur une preuve circonstancielle. La preuve circonstancielle peut, et elle y arrive souvent, prouver clairement la perpétration d'une infraction criminelle, mais deux conditions doivent être respectées. Premièrement, les faits primaires dont doit découler la conclusion de culpabilité doivent être prouvés hors de tout doute raisonnable. On ne peut attribuer à une déduction fondée sur des faits particuliers plus de valeur qu'à chacun de ces faits. Deuxièmement, la déduction de culpabilité doit être la seule qui soit raisonnablement possible compte tenu de tous les faits primaires que le jury a retenus. Faire une déduction n'est pas une question de preuve: c'est seulement une fonction du jugement critique du jury à l'égard de personnes et de choses, de son expérience et de son bon sens. On peut sans risque déduire la culpabilité si on se fonde sur des faits fondamentaux établis hors de tout doute raisonnable et s'il s'agit de la seule déduction qui est raisonnablement possible compte tenu de tout l'ensemble de faits primaires.

Seul le juge Deane n'a pas été d'accord sur ce point (p. 181).

J'estime que la position adoptée par la majorité dans l'arrêt *Chamberlain* est convaincante et compatible avec l'interprétation de cette Cour dans les arrêts *Nadeau* et *Thatcher*. De plus, en stricte logique, cette façon de voir est des plus bénéfiques. Comment pourrait-on arriver à une conclusion

reasonable doubts about the facts upon which the conclusion is based?

Was the trial judge in error then in the passages from the charge cited above? In my view, he was. While the trial judge was correct to direct the jury not to use facts that were not proved beyond a reasonable doubt in order to found a conviction, he erred in suggesting (or seeming to suggest) that each fact should be assessed in isolation from the others. What he should have told the jury, in my opinion, is that in their ultimate determination of guilt they could rely only on facts which, when assessed in the context of all the facts, they found to have been proved beyond a reasonable doubt; that they must not make a finding of guilt on doubtful facts; but that facts which might seem doubtful when viewed in isolation might become completely credible against the backdrop of all the other facts.

It would be my respectful view that if the trial judge was in error on this point, and I think he was, the Court of Appeal was also in error. The Court of Appeal indicated that the only thing that must be proved beyond a reasonable doubt was the guilt of the accused. The fairly clear implication of the Court of Appeal's judgment is that the facts underlying this conclusion do not themselves require to be proved beyond a reasonable doubt. In my view, this is wrong. It gives the jury no guidance as to what standard of proof it must apply to the fact-finding exercise. In the absence of direction they might apply a balance of probabilities or even less stringent test. I agree with the Justices of the High Court of Australia that the jury must be instructed at some point in the charge that in making a determination as to the guilt of the accused they must have resort only to facts which, when assessed in the context of all the facts, have been proved to their satisfaction beyond a reasonable doubt. I believe that a jury would have no difficulty in comprehending such a direction since it accords with logic and common sense as well as with the law.

avec un certain degré de certitude si on a des doutes raisonnables quant aux faits sur laquelle cette conclusion est fondée?

^a Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans les extraits de l'exposé cités plus tôt? À mon avis, il a commis une erreur. Bien qu'il ait eu raison de dire au jury de ne pas utiliser de faits qui n'étaient pas établis hors de tout doute raisonnable pour rendre un verdict de culpabilité, il a commis une erreur en indiquant (ou en semblant indiquer) que chaque fait devait être apprécié isolément. À mon avis, il aurait dû dire au jury que, dans sa conclusion finale de culpabilité, il ne pouvait se fonder que sur des faits qui, lorsqu'ils étaient appréciés dans le contexte de tous les faits, avaient selon le jury été prouvés hors de tout doute raisonnable; qu'il ne devait pas tirer une conclusion de culpabilité de faits douteux; mais que des faits qui pouvaient sembler douteux pris isolément pouvaient devenir tout à fait crédibles en regard de la toile de fond des autres faits.

^e Avec égards, je suis d'avis que si le juge du procès a commis une erreur sur ce point, et je pense que c'est le cas, la Cour d'appel a également commis une erreur. Celle-ci a indiqué que la seule chose qui devait être prouvée hors de tout doute raisonnable était la culpabilité de l'accusé. Il est assez clair que le jugement de la Cour d'appel a comme conséquence que les faits qui sous-tendent cette conclusion n'ont pas eux-mêmes à être prouvés hors de tout doute raisonnable. À mon avis, c'est faux. Cela ne fournit au jury aucune indication quant à la norme de preuve qu'il doit appliquer à la recherche des faits. En l'absence de directive, il risque d'appliquer la prépondérance des probabilités ou un critère encore moins sévère. Je partage l'opinion des juges de la High Court d'Australie qu'il faut dire au jury à un moment ou à un autre de l'exposé que, dans l'examen de la culpabilité de l'accusé, il doit utiliser seulement les faits qui, évalués dans le contexte de tous les faits, ont été établis à sa satisfaction hors de tout doute raisonnable. Je crois qu'un jury n'aurait aucune difficulté à comprendre une telle directive puisqu'elle est conforme à la logique et au bon sens ainsi qu'au droit.

In my view then the trial judge's charge to the jury was in error although not for the reasons given by the Court of Appeal. I do, however, agree with my colleague that the trial judge's misdirection mandates the new trial ordered by the Court of Appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Ruby & Edwardh, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.

À mon avis donc, l'exposé du juge du procès au jury était erroné, mais pour des motifs autres que ceux donnés par la Cour d'appel. Je partage cependant l'avis de mon collègue que la directive erronée du juge du procès commande la tenue du nouveau procès ordonné par la Cour d'appel.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appellant: Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Rules of the Supreme Court of Canada

In accordance with section 103 of the Supreme Court Act, the Supreme Court of Canada hereby enacts the annexed Rules of Practice.

April 25, 1988

BRIAN DICKSON
Chief Justice of Canada

RULES OF THE SUPREME COURT OF CANADA

Interpretation

1. In these Rules,

“Act” means the *Supreme Court Act*;

“affidavit” includes an affirmation and a statutory declaration;

“agent” means a lawyer practising in the National Capital Region described in the schedule to the *National Capital Act*;

“appeal” includes any proceeding to set aside or vary any judgment of the court appealed from;

“application for leave” means an application for leave to appeal under section 41 of the Act;

“case” means the material necessary to raise the question for the decision of the Court as defined in section 67 of the Act;

“counsel” includes a barrister, a solicitor or a lawyer representing a party;

“Court” means the Supreme Court of Canada;

“holiday” means a general holiday as defined in the *Interpretation Act*;

“Judge” means a Judge of the Supreme Court of Canada and includes the Chief Justice;

“month” means calendar month;

Règles de la Cour suprême du Canada

En vertu des dispositions de l'article 103 de la Loi sur la Cour suprême, la Cour suprême du Canada décrète par les présentes les Règles de pratique, ci-annexées.

Le 25 avril 1988

Le Juge en chef du Canada
BRIAN DICKSON

RÈGLES DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA

Définitions

1. Les définitions qui suivent s'appliquent aux présentes règles.

«affidavit» Y sont assimilées les affirmations et déclarations solennelles.

«correspondant» Avocat qui représente un procureur ou une partie et exerçant dans la région de la Capitale nationale définie à l'annexe de la *Loi sur la Capitale nationale*.

«Cour» La Cour suprême du Canada.

«dossier» Selon la définition de l'article 67 de la Loi, les documents nécessaires pour soumettre la question à la décision de la Cour.

«impression» Tout procédé de reproduction autre que manuscrit.

«jour férié» S'entend au sens de la *Loi d'interprétation*.

«juge» Juge de la Cour suprême du Canada de même que le Juge en chef.

«Loi» La *Loi sur la Cour suprême*.

«mois» Mois civil.

«partie» Sont compris parmi les parties un organisme doté de la personnalité morale, Sa Majesté la Reine et le procureur général de Sa Majesté, les intervenants au sens des articles 208 à 215 du *Code de procédure civile du Québec*, de même que, sauf indication contraire du contexte, les autres intervenants.

«personne» Est compris parmi les personnes, un organisme doté de la personnalité morale.

“party” includes a body politic or corporate, Her Majesty the Queen and Her Majesty’s Attorney General; an intervener within the meaning of articles 208 to 215 of the *Quebec Code of Civil Procedure*; and an intervener unless the text provides otherwise or unless the context does not so permit;

“person” includes a body politic or corporate;

“printing” includes reproduction by any means but does not include hand writing;

“proceedings” means any appeal, application for leave or motion before the Court, a Judge or the Registrar.

Appeals Under Other Acts

2. Except as otherwise provided by any other Act, these Rules apply to all proceedings.

Note: *Federal statutes providing for appeal to the Court.*

1. *Criminal Code of Canada.*
2. *Combines Investigation Act.*
3. *National Defence Act.*
4. *Dominion Controverted Elections Act.*
5. *Divorce Act.*
6. *Federal Court Act.*
7. *Oil and Gas Production and Conservation Act.*
8. *Bankruptcy Act.*
9. *Excise Tax Act.*
10. *Canada Pension Plan.*
11. *Companies’ Creditors Arrangement Act.*
12. *Winding-up Act.*

Presentation of Printed Material

3. (1) All material shall be clear and legible and shall be on paper of good quality measuring 21.5 cm by 28 cm.

(2) The Registrar may not receive any material that does not comply with these Rules.

«pourvoi» Y sont assimilées les procédures visant à faire infirmer ou modifier les jugements des tribunaux dont appel est interjeté.

«procédures» Pourvoi, requête en autorisation ou requête devant la Cour, un juge, ou le registraire.

«procureur» S’entend d’un avocat.

«requête en autorisation» La requête en autorisation de pourvoi prévue à l’article 41 de la Loi.

Pourvois en vertu d’autres lois

2. Sauf dispositions contraires d’autres lois, les présentes règles s’appliquent à toutes les procédures.

Note: *Liste des lois fédérales qui prévoient un recours devant cette Cour.*

1. *Code criminel du Canada.*
2. *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions.*
3. *Loi sur la défense nationale.*
4. *Loi sur les élections fédérales contestées.*
5. *Loi sur le divorce.*
6. *Loi sur la Cour fédérale.*
7. *Loi sur la production et la conservation du pétrole et du gaz.*
8. *Loi sur la faillite.*
9. *Loi sur la taxe d’accise.*
10. *Régime de pensions du Canada.*
11. *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies.*
12. *Loi sur les liquidations.*

Présentation des documents imprimés

3. (1) Tous les documents doivent être clairs et lisibles et présentés sur du papier de bonne qualité de format 21,5 cm par 28 cm.

(2) Le registraire peut refuser les documents qui ne sont pas conformes aux présentes règles.

(3) Material that does not comply with these Rules may be ineligible for costs upon the order of the Court, or a Judge.

Non-compliance with Rules

4. The Court or a Judge, or the Registrar when authorized by these Rules, may excuse a party from complying with any of the provisions of the Rules.

Extending or Abridging Time

5. Notwithstanding anything in these Rules, but subject to any other Act, the Court or a Judge, or the Registrar when authorized by these Rules, may at any time extend or abridge the time for doing any act or taking any proceeding.

Postponement of Hearing

6. The Chief Justice or, in his absence or at his request, one of the puisne judges, may postpone the hearing of any proceeding.

Where no Provision

7. Whenever these Rules contain no provision for exercising any right, any procedure that is specified by the Court, a Judge or the Registrar and that is not inconsistent with these Rules or the Act may be adopted.

Prescribing Conditions

8. In any proceeding where these Rules provide that the Court, a Judge or the Registrar may make an order or direction, the Court, the Judge or the Registrar, as the case may be, may impose such terms and conditions in the order or direction, as may be deemed necessary.

Simultaneous Translation

9. Every request for simultaneous translation shall be made in writing to the Registrar at least fifteen days before the commencement of the hearing of any proceeding.

Office Hours

10. Unless otherwise ordered by the Registrar, the office of the Registrar and the Library of the Court shall be open between the hours of nine

(3) Sur ordonnance de la Cour ou d'un juge, les documents qui ne sont pas conformes aux présentes règles peuvent être exclus des dépens.

Exemption des règles

4. La Cour, un juge ou le registraire, lorsque les présentes règles le lui permettent, peut exempter une partie de l'obligation de suivre les dispositions des Règles.

Prorogation ou abrègement des délais

5. Nonobstant les présentes règles et sous réserve des dispositions d'autres lois, la Cour, un juge ou le registraire, lorsque les présentes règles le lui permettent, peut proroger ou abrèger le délai imparti pour accomplir un acte ou introduire une procédure.

Ajournement de l'audition

6. Le Juge en chef ou, en son absence ou à sa demande, un juge puiné peut ajourner l'audition des procédures.

Absence de règles

7. Lorsque l'exercice d'un droit n'est pas régi par les présentes règles, la Cour, un juge ou le registraire peut préciser une procédure qui n'est pas incompatible avec les présentes règles et avec la Loi.

Imposition de conditions

8. Lorsque les présentes règles permettent à la Cour, à un juge ou au registraire de rendre une ordonnance ou de donner des directives, la Cour, le juge ou le registraire peut y imposer les conditions qu'il estime nécessaires.

Traduction simultanée

9. Toute demande de traduction simultanée doit être faite par écrit au registraire au moins 15 jours avant le début de l'audition des procédures.

Heures d'ouverture

10. À moins d'avis contraire du registraire, le greffe et la bibliothèque de la Cour sont ouverts de

o'clock in the forenoon and five o'clock in the afternoon, Ottawa local time, every day in the year except Saturdays and holidays.

Computation of Time and Holidays

11. (1) Clear days and those days not expressed to be clear days shall be calculated according to the *Interpretation Act*.

(2) Where any limited time less than six days from or after any date or event is appointed or allowed for doing any act or taking any proceeding, days that the office of the Registrar is closed shall not be reckoned in the computation of such limited time.

(3) When the time for doing any act or taking any proceeding expires on a day on which the office of the Registrar is closed, such act or such proceeding shall be held to be duly done or taken if done or taken on the next day on which the office is open.

(4) The months of July and August shall not be reckoned in the computation of the times appointed or allowed by these Rules for the doing of any act, except for the filing of the case as provided in Rule 34.

Party may Appear in Person or by Counsel

12. (1) A party to any proceedings may appear on his own behalf or by counsel.

(2) A party to any proceedings who has appeared in person in the court below may elect to appear by counsel in the proceedings.

(3) A counsel referred to in subsection (2) shall file a notice to that effect with the Registrar and thereafter all documents are to be served on such counsel in accordance with these Rules.

Appointment of Counsel

13. (1) The Court or a Judge may, at any time, assign counsel to act on behalf of a party to any proceedings where, in the opinion of the Court or Judge, it appears desirable in the interests of justice that the party have legal assistance and it appears that the party has not sufficient means to obtain the services of counsel.

9 heures à 17 heures, heure locale d'Ottawa, sauf le samedi et les jours fériés.

Calcul des délais et jours fériés

11. (1) Les jours francs et les autres jours doivent être comptés conformément à la *Loi d'interprétation*.

(2) Lorsqu'un délai inférieur à six jours est fixé ou imparti pour accomplir un acte ou introduire une procédure, les jours de fermeture du greffe ne sont pas comptés dans le calcul du délai.

(3) Lorsque le délai prévu pour accomplir un acte ou introduire une procédure expire un jour de fermeture du greffe, l'acte peut être valablement accompli et la procédure valablement introduite le jour d'ouverture suivant.

(4) Les mois de juillet et d'août ne sont pas comptés dans le calcul des délais fixés ou impartis par les présentes règles pour accomplir un acte, sauf pour la production du dossier selon l'article 34.

Comparution en personne ou par procureur

12. (1) Une partie aux procédures peut comparaître en personne ou par procureur.

(2) Une partie qui a comparu en personne devant la cour d'instance inférieure peut comparaître par procureur dans les procédures.

(3) Un procureur au sens du paragraphe (2) doit produire une déclaration à cet effet auprès du registraire et dès lors toutes les pièces de procédure doivent lui être signifiées conformément aux présentes règles.

Nomination d'un procureur

13. (1) La Cour ou un juge peut, en tout temps, désigner un procureur pour représenter une partie à une procédure lorsque, de l'avis de la Cour ou du juge, il paraît souhaitable dans l'intérêt de la justice que la partie bénéficie de l'aide d'un procureur et il appert que la partie n'a pas les moyens de retenir les services d'un procureur.

(2) The Court or a Judge may, at any time, assign counsel to argue the case of any person who has an interest in a proceeding and who is not represented by counsel.

Change of Counsel

14. (1) Counsel appearing for any party in the court below shall be deemed to be counsel before this Court unless a notice or order of change of counsel is filed with the Registrar.

(2) Any party before the Court may change his counsel or agent by filing a notice to that effect with the Registrar.

(3) A counsel or agent may, after serving a motion on the party or counsel he represents and after the filing thereof with the Registrar, move before a Judge or the Registrar for an order that he no longer represent the party or counsel.

(4) A notice under subsection (2), and the motion under subsection (3) and any order made pursuant to such motion shall be served upon all parties.

Filing of Documents and Role of Agents

15. (1) Subject to subsection (3) a party may file documents in person, by his counsel or the counsel's agent, or with leave of the Registrar, by correspondence.

(2) The effective date of filing shall be the date stamped by the Clerk of Process.

(3) Any party to an appeal to this Court as of right or in any other case after leave has been granted shall conduct business with the Registrar's office through an agent, unless the Registrar otherwise directs.

(4) An agent or a party, where the Registrar has so directed, shall cause his name and address for service to be entered in the court docket kept by the Clerk of Process.

(2) La Cour ou un juge peut, en tout temps, désigner un procureur pour plaider en faveur d'une personne qui a un intérêt dans une procédure et qui n'est pas représentée par procureur.

Changement de procureur

14. (1) Un procureur qui a comparu pour une partie en cour d'instance inférieure est réputé la représenter devant cette Cour à moins qu'il ne produise un avis ou une ordonnance de changement de procureur auprès du registraire.

(2) Une partie peut changer de procureur ou de correspondant en produisant un avis à cet effet auprès du registraire.

(3) Un procureur ou un correspondant peut, après signification d'une requête à la partie ou au procureur qu'il représente et production de la requête auprès du registraire, s'adresser à un juge ou au registraire pour obtenir une ordonnance l'autorisant à ne plus représenter cette partie ou ce procureur.

(4) L'avis prévu au paragraphe (2), la requête prévue au paragraphe (3) et toute ordonnance rendue sur celle-ci doivent être signifiés à toutes les parties.

Production des pièces et rôle des correspondants

15. (1) Sous réserve du paragraphe (3), toute pièce peut être produite au greffe par la partie en personne, par son procureur ou le correspondant de son procureur ou, avec l'autorisation du registraire, par courrier.

(2) La date de production est celle apposée au timbre dateur par le greffier.

(3) Lorsqu'une partie peut se pourvoir devant la Cour de plein droit ou lorsqu'elle a reçu l'autorisation de se pourvoir, elle ne peut faire affaires avec le greffe que par l'intermédiaire d'un correspondant, à moins que le registraire n'en ordonne autrement.

(4) Un correspondant, ou une partie lorsque le registraire l'y a autorisée, doit faire inscrire son nom et son adresse aux fins de signification au registre tenu par le greffier.

(5) No agent can represent more than one party in any proceeding except with leave of the Registrar or with the express consent of each party, which consent shall be filed with the Registrar.

(6) The consent required by subsection (5) shall be filed with the notice of appeal or notice of motion, as the case may be.

(7) A counsel may file a notice with the Registrar appointing a permanent agent.

Service

16. (1) Service of any document may be made by serving a party's counsel or the counsel's agent with such document, except that where a party is acting on his own behalf service may be made on such party or, where applicable, on such party's agent.

(2) Service of notices, motions, summonses, orders and other proceedings, shall, unless otherwise ordered by the Registrar, be effected between eight o'clock in the forenoon and six o'clock in the afternoon on any day other than a Saturday or holiday.

(3) The Registrar may make such order for substitutional service as circumstances may require.

(4) An affidavit of service shall be as in Form A.

Substituting and Adding Parties

17. (1) Unless the Act provides otherwise, a party may be added or substituted upon a motion before the Registrar setting out the reasons why the person should be so added or substituted.

(2) Subject to subsection (7), no person shall be added or substituted as a party without his consent in writing being filed.

(3) The motion referred to in subsection (1) shall be served upon the other party, or parties, and the proposed added or substituted parties.

(5) Un correspondant ne peut représenter plus d'une partie qu'avec l'autorisation du registraire ou qu'après avoir produit auprès de ce dernier le consentement exprès de chacune des parties.

(6) Le consentement exigé au paragraphe (5) doit être produit en même temps que l'avis de pourvoi ou l'avis de requête, selon le cas.

(7) Un procureur peut désigner un correspondant permanent et en donner avis au registraire.

Signification

16. (1) La signification d'un document peut être faite au procureur d'une partie ou au correspondant de ce procureur, mais la signification peut être faite à la partie qui comparaît en personne ou, si elle en a un, à son correspondant.

(2) Sauf ordonnance contraire du registraire, la signification des avis, requêtes, assignations, ordonnances et autres procédures doit s'effectuer entre 8 heures et 18 heures tous les jours, sauf le samedi ou les jours fériés.

(3) Lorsque les circonstances l'exigent, le registraire peut ordonner un mode de signification différent.

(4) L'affidavit de signification doit être rédigé selon la formule A.

Substitution et addition de parties

17. (1) Sauf dispositions contraires de la Loi, une partie peut être ajoutée aux procédures ou substituée à une autre sur requête présentée au registraire énonçant les motifs de cette addition ou substitution.

(2) Sous réserve du paragraphe (7), nulle personne ne peut être ajoutée comme partie ou substituée à une autre si elle n'a pas produit un consentement écrit à cet effet.

(3) La requête mentionnée au paragraphe (1) doit être signifiée aux autres parties, et à la partie que l'on veut ajouter ou remplacer.

(4) The substitution or addition referred to in subsection (1) may be set aside on a motion before the Court or a Judge.

(5) Upon a motion to set aside the substitution or addition referred to in subsection (1), the Court or a Judge may direct that evidence relevant to the motion be taken or may direct that the parties proceed in the proper court to have any issue relevant to the motion tried and determined and proceedings may be stayed until after the trial and determination of the issue.

(6) Parties substituted or added shall, unless otherwise ordered by a Judge or the Registrar, be served with all documents provided for in these Rules and any time periods shall begin as provided for in the order.

(7) In any proceeding, the Court or a Judge may direct that a party be added or substituted where, in the opinion of the Court or the Judge, such addition or substitution is necessary to enable the Court to adjudicate the issues in the proceedings.

Intervention

18. (1) Any person interested in an appeal or a reference may, by leave of a Judge, intervene therein upon such terms and conditions and with such rights and privileges as the Judge may determine.

(2) An application for intervention shall be made by filing and serving a notice of motion supported by affidavit within 30 days after the filing of the notice of appeal or reference and shall be heard on a date to be fixed by the Registrar.

(3) An application for intervention shall briefly

- (a) describe the intervener and the intervener's interest in the appeal or reference;
- (b) identify the position to be taken by the intervener on the appeal or reference; and
- (c) set out the submissions to be advanced by the intervener, their relevancy to the appeal or reference and the reasons for believing that the submissions will be useful to the Court and different from those of the other parties.

(4) La Cour ou un juge peut, sur requête, annuler la substitution ou l'addition mentionnée au paragraphe (1).

a (5) Sur requête en annulation de la substitution ou de l'addition mentionnée au paragraphe (1), la Cour ou un juge peut ordonner la production d'éléments de preuve pertinents à la requête ou renvoyer les parties devant le tribunal compétent afin d'y faire instruire et juger toute question pertinente, auquel cas les procédures peuvent être suspendues jusqu'à ce qu'une décision soit rendue.

b (6) Sauf ordonnance contraire d'un juge ou du registraire, tous les documents dont font état les présentes règles doivent être signifiés aux parties ainsi substituées ou ajoutées, et les délais commencent à courir selon les modalités de l'ordonnance.

c (7) Dans toutes les procédures, la Cour ou un juge peut ordonner l'addition ou la substitution d'une partie s'il l'estime nécessaire pour permettre à la Cour de trancher les questions en litige.

Intervention

f 18. (1) Toute personne ayant un intérêt dans un pourvoi ou un renvoi peut y intervenir avec l'autorisation d'un juge, aux conditions et avec les droits et privilèges que celui-ci peut établir.

g (2) La demande d'intervention se fait par la production et la signification, dans les 30 jours de la production de l'avis de pourvoi ou de renvoi, d'un avis de requête appuyé d'un affidavit; la demande est instruite le jour fixé par le registraire.

h (3) La demande d'intervention expose brièvement ce qui suit:

- a) l'identité de l'intervenant et l'intérêt qu'il a dans le pourvoi ou le renvoi;
- i b) la position qu'il prendra dans le pourvoi ou le renvoi;
- j c) les allégations qu'il présentera, leur pertinence au pourvoi ou au renvoi et les raisons qui l'amènent à croire qu'elles seront utiles à la Cour et différentes de celles des autres parties.

- (4) An intervener has the right to file a factum.
- (5) Unless otherwise ordered by a Judge, an intervener
- (a) shall not file a factum that exceeds 20 pages;
- (b) shall be bound by the case on appeal and may not add to it; and
- (c) shall not present oral argument.

(6) The order granting leave to intervene shall specify the filing date for the factum of the intervener and shall, unless there are exceptional circumstances, make provisions as to additional disbursements incurred by the appellant or the respondent as a result of the intervention.

(7) Subsections (1) to (3), paragraphs (5)(a) and (c) and subsection (6) do not apply to an attorney general who files a notice of intervention referred to in subsection 32(4).

(8) Paragraph (5)(a) and (c) do not apply to an attorney general referred to in subsection 32(7).

Affidavits

19. (1) An affidavit shall be filed to substantiate any fact that is not a matter of record in the Court.

(2) When the record of the court appealed from or of the trial court is deposited with the Registrar, such record is part of the record of the Court.

(3) An affidavit to be used in a proceeding shall be confined to the statement of facts within the knowledge of the deponent, but statements based on information or belief that state the source of the information or the grounds for the belief may be admitted by the Court, a Judge or the Registrar.

Examination on Affidavit

20. (1) Any party desiring to cross-examine a deponent who has made an affidavit filed with the Registrar on behalf of any other party may, by leave of a Judge or the Registrar, serve on the party who filed the affidavit a notice in writing

- (4) L'intervenant peut produire un mémoire.
- (5) Sauf ordonnance contraire d'un juge, l'intervenant:
- a) ne peut produire un mémoire de plus de 20 pages;
- b) est limité au contenu du dossier et ne peut rien y ajouter;
- c) ne peut plaider.

(6) L'ordonnance autorisant l'intervention précise la date de production du mémoire de l'intervenant et, sauf circonstances exceptionnelles, prévoit comment seront supportés les débours supplémentaires faits par l'appellant ou l'intimé du fait de l'intervention.

(7) Les paragraphes (1) à (3), les alinéas (5)a, et c) et le paragraphe (6) ne s'appliquent pas au procureur général qui dépose l'avis d'intervention visé au paragraphe 32(4).

(8) Les alinéas (5)a) et c) ne s'appliquent pas au procureur général visé au paragraphe 32(7).

Affidavits

19. (1) La vérité d'un fait dont la preuve n'est pas au dossier de la Cour doit être attestée par un affidavit.

(2) Lorsque le dossier du tribunal dont le jugement est porté en appel ou celui du tribunal de première instance est déposé au greffe, il fait partie du dossier de la Cour.

(3) L'affidavit présenté dans le cadre d'une procédure doit se limiter à l'énoncé des faits dont le déposant a connaissance. Toutefois, la Cour, un juge ou le registraire peut accepter des déclarations fondées sur des renseignements ou une opinion si le déposant y indique la source de ses renseignements ou les motifs à l'appui de son opinion.

Interrogatoire sur affidavit

20. (1) Lorsqu'une partie veut contre-interroger un déposant qui a signé un affidavit produit auprès du registraire pour le compte d'une autre partie, elle peut, avec l'autorisation d'un juge ou du registraire, signifier à la partie qui a produit cet affida-

requiring the production of the deponent for cross-examination before a commissioner for taking affidavits designated by the Judge or the Registrar.

(2) The notice required by subsection (1) shall be served within such time as may be ordered.

(3) Where a deponent is not produced for cross-examination, the deponent's affidavit shall be dismissed unless otherwise ordered by the Court, a Judge or the Registrar.

(4) Any cross-examination referred to in subsection (1) shall take place before the proceeding is heard unless otherwise ordered by the Court, a Judge or the Registrar.

Style of Cause

21. (1) The cover page of the case on appeal, an application for leave and all motions shall have a style of cause, without abbreviation of names, set out in accordance with subsections (2) to (6).

(2) The name of the applicant or the appellant shall be set out first with the designation "Applicant" or "Appellant", as the case may be, followed by his status in the court of first instance.

(3) Then shall follow the name of each party against whose interest the proceeding is launched followed by the designation "Respondent" and his status in the court of first instance.

(4) Thereafter shall be mentioned any other party or intervenor to the proceeding in the Court together with his status if any in the court of first instance.

(5) The description of status in the court of first instance referred to in this Rule shall be in parentheses.

(6) The status of a party in the Court of Appeal shall not be set out unless the party was not a party in the court of first instance or the matter originated in the Court of Appeal.

vit un avis écrit requérant la comparution du déposant pour le contre-interroger devant le commissaire à l'assermentation que désigne le juge ou le registraire.

^a (2) L'avis mentionné au paragraphe (1) doit être signifié dans le délai spécifié.

^b (3) Si le déposant ne se soumet pas au contre-interrogatoire, son affidavit doit être rejeté, sauf ordonnance contraire de la Cour, d'un juge ou du registraire.

^c (4) Le contre-interrogatoire visé au paragraphe (1) doit avoir lieu avant l'audience relative à la procédure, sauf ordonnance contraire de la Cour, d'un juge ou du registraire.

Intitulé

^d **21.** (1) L'intitulé figurant sur la couverture du dossier, sur celle d'une requête en autorisation et de toute autre requête ne doit comporter aucun nom abrégé et leur présentation doit suivre les ^e paragraphes (2) à (6).

^f (2) Le nom du requérant ou de l'appelant doit paraître en premier lieu avec la mention de sa qualité de «Requérant» ou d'«Appelant», selon le cas, suivie de la description de sa qualité devant le tribunal de première instance.

^g (3) Doit paraître ensuite le nom de chacune des parties visées par les procédures, suivi de leur qualité d'«Intimé», puis de leur qualité devant le tribunal de première instance.

^h (4) Le nom de toute autre partie ou intervenant aux procédures devant la Cour doit suivre, avec l'indication de sa qualité devant le tribunal de première instance, le cas échéant.

ⁱ (5) L'indication de la qualité devant le tribunal de première instance exigée par le présent article doit être mise entre parenthèses.

^j (6) La qualité des parties en Cour d'appel ne doit pas être mentionnée, à moins qu'elles n'aient pas été parties devant le tribunal de première instance ou que l'affaire ait débuté en Cour d'appel.

Motions before a Judge or the Registrar

22. (1) Except as otherwise provided, all motions before a Judge or the Registrar shall be brought by notice in writing in accordance with Form B and shall be supported by an affidavit.

(2) The motion, the draft order in pursuance of the motion and any supporting material shall be served upon all parties.

(3) The original and one copy of the motion, the draft order, and all supporting material, shall be filed with the Clerk of Process not less than three clear days before the time of the hearing, unless the Registrar otherwise orders.

(4) Any final order made by a Judge or the Registrar pursuant to this Rule shall be prepared by the successful party, and shall have endorsed thereon the approval as to form and content of all parties, prior to being entered.

(5) Judgment may be rendered without attendance of parties on motions consented to by all parties.

Applications for Leave

23. (1) An application for leave shall consist of the following documentation, assembled in the following manner and order:

(a) there shall be a cover page entitled "IN THE SUPREME COURT OF CANADA", followed by a reference, in parentheses, to the court appealed from and the complete style of cause as required by Rule 21; below the style of cause shall be stated the nature of the application and the section of the statute or the Rule on which the application is based; thereunder shall appear the names and addresses of the respective counsel for the parties on the left and their agents, if any, on the right;

(b) there shall follow a complete table of contents chronologically indicating the dates of listed material, including appendices, and all subsequent pages shall be enumerated consecutively; and

(c) after the table of contents there shall be, in the following order,

Requêtes à un juge ou au registraire

22. (1) Sauf dispositions contraires, toute requête présentée à un juge ou au registraire est introduite par un avis de requête rédigé selon la formule B et accompagné d'un affidavit.

(2) La requête, le projet d'ordonnance en découlant et tout document à l'appui doivent être signifiés à toutes les parties.

(3) Sauf ordonnance contraire du registraire, l'original et une copie de la requête, du projet d'ordonnance et tout document à l'appui doivent être produits au greffe au moins trois jours francs avant la date de l'audition.

(4) Toute ordonnance définitive d'un juge ou du registraire en vertu du présent article doit être rédigée par la partie qui a eu gain de cause et porter à l'endos l'accord de toutes les parties quant à la forme et au contenu avant de pouvoir être inscrite.

(5) Lorsque toutes les parties consentent à une requête, le jugement peut être rendu hors de leur présence.

Requêtes en autorisation

23. (1) La requête en autorisation est constituée des documents suivants, assemblés comme suit:

a) une couverture portant l'en-tête «COUR SUPRÊME DU CANADA» suivi de l'indication, entre parenthèses, de la cour dont le jugement est porté en appel et de l'intitulé complet conforme à l'article 21; sous l'intitulé, la nature de la requête en autorisation et les articles de la loi ou des présentes règles sur lesquels elle se fonde; enfin au bas, à gauche, les nom et adresse des procureurs respectifs des parties et, à droite, les nom et adresse de leurs correspondants respectifs, s'il y a lieu;

b) une table des matières complète dans laquelle est indiquée chronologiquement la date de chaque document, y compris les annexes; toutes les pages suivantes sont numérotées consécutivement;

c) à la suite de la table des matières, les documents suivants placés dans l'ordre indiqué:

- | | |
|--|--|
| <p>(i) a notice of application for leave in Form "B.1",</p> <p>(ii) an affidavit in support, if required,</p> <p>(iii) any other material relied on, in chronological order,</p> <p>(iv) all formal judgments followed by the respective reasons for judgment, commencing with the court of first instance followed consecutively and ending with the court last appealed from, except where a court delivered judgment without recorded reasons, in which case a note to that effect shall appear in the table of contents in lieu of a page number,</p> <p>(v) a memorandum of argument signed by the counsel responsible for its preparation or by the party appearing in person, not exceeding 20 pages unless otherwise ordered by a Judge or the Registrar, and divided into five parts as follows:</p> <p style="padding-left: 20px;">Part I: a brief statement of facts,</p> <p style="padding-left: 20px;">Part II: a concise statement of points in issue,</p> <p style="padding-left: 20px;">Part III: a brief statement of argument,</p> <p style="padding-left: 20px;">Part IV: the nature of the order requested,</p> <p style="padding-left: 20px;">Part V: a table of authorities expected to be referred to by the party, arranged alphabetically and setting out the pages in the argument where they are cited,</p> <p>(vi) where the party intends to rely on any statutory enactment, copies of the relevant provisions thereof as appendices to the memorandum or five copies of the enactment shall be filed with the Registrar in lieu of those appendices, and</p> <p>(vii) where a party intends to refer to evidence, a copy of only the excerpts of the evidence, including relevant exhibits, to which the party intends to refer.</p> <p>(2) Unless otherwise ordered by the Registrar, where documents referred to in subparagraph (1)(c)(iii) are reproduced in the appeal book filed with the appeal court from which the appeal is sought to be taken, that appeal book may be filed with the Registrar in lieu of the documents.</p> <p>(3) Any documents that are part of an application for leave shall be clear and legible and, unless otherwise ordered by a Judge or the Registrar,</p> | <p>(i) l'avis de requête en autorisation, rédigé selon la formule B.1,</p> <p>(ii) l'affidavit à l'appui, s'il y a lieu,</p> <p>(iii) les autres documents à l'appui, présentés dans l'ordre chronologique,</p> <p>(iv) les dispositifs des jugements, chacun suivi des motifs respectifs, en commençant par le tribunal de première instance pour finir, dans l'ordre, par le tribunal dont le jugement est porté en appel; toutefois, si un tribunal a rendu un jugement sans motifs écrits, il faut le mentionner dans la table des matières à la place du numéro de page,</p> <p>(v) un mémoire qui est signé par le procureur qui l'a rédigé ou par la partie qui comparaît en personne, qui ne compte pas plus de 20 pages sauf ordonnance contraire d'un juge ou du registraire, et qui est divisé en cinq parties, à savoir:</p> <p style="padding-left: 20px;">Partie I: bref exposé des faits</p> <p style="padding-left: 20px;">Partie II: énoncé concis des questions en litige</p> <p style="padding-left: 20px;">Partie III: bref exposé des arguments</p> <p style="padding-left: 20px;">Partie IV: nature de l'ordonnance demandée</p> <p style="padding-left: 20px;">Partie V: table des arrêts et ouvrages, classés en ordre alphabétique, sur lesquels la partie entend se fonder et les pages du mémoire où ils sont cités,</p> <p>(vi) les extraits pertinents des textes législatifs sur lesquels la partie entend s'appuyer; ces extraits sont reproduits en annexe au mémoire ou sont produits en cinq exemplaires auprès du registraire,</p> <p>(vii) une copie des seuls éléments de preuve, y compris les pièces, auxquels la partie entend faire référence.</p> <p>(2) Sauf ordonnance contraire du registraire, lorsque les documents visés au sous-alinéa (1)c(iii) figurent au dossier de la cour dont le jugement est porté en appel, ce dossier peut être produit auprès du registraire au lieu des documents.</p> <p>(3) Les documents faisant partie de la requête en autorisation doivent être clairs et lisibles et, sauf ordonnance contraire d'un juge ou du regis-</p> |
|--|--|

shall be prepared in accordance with Rule 33 with such modifications as the circumstances require.

(4) The respondent to an application for leave may file with the Registrar a memorandum that contains a concise statement of the facts and the law on which the respondent relies and may attach any relevant excerpts of the evidence, including exhibits. Where the respondent files a memorandum, the memorandum, excluding excerpts of the evidence and exhibits, shall not exceed 20 pages unless otherwise ordered by a Judge or the Registrar, shall be signed by counsel responsible for its preparation or by the party appearing in person, and five copies shall be filed.

(5) The colour of the cover of the applicant's memorandum shall be grey and the cover of the respondent's memorandum shall be green.

(6) Unless otherwise ordered by a Judge or the Registrar, the applicant shall file with the Registrar five copies of the application for leave except, where an appeal book is filed in accordance with subsection (2), three copies of the appeal book may be filed.

(7) An application for leave shall be served on the parties in the courts below and filed with the Registrar within the time prescribed in paragraph 64(1)(a) of the Act or as extended pursuant to subsection 65(1) of the Act.

(8) The respondent to an application for leave shall serve on all other parties and file with the Registrar the material referred to in subsection (4) within 20 clear days after the service of the application for leave.

(9) After the respondent's memorandum has been filed, or on the expiration of the time referred to in subsection (8), the application for leave shall be referred by the Registrar to the Court for consideration pursuant to section 45 of the Act.

(10) The Registrar shall set down for argument any application for leave for which an oral hearing has been ordered pursuant to paragraph 45(1)(c) of the Act.

traire, être conformes à l'article 33, compte tenu des adaptations de circonstance.

(4) L'intimé peut produire auprès du registraire un mémoire dans lequel il expose avec concision les faits et les arguments de droit sur lesquels il s'appuie et y annexer les éléments de preuve pertinents, y compris les pièces; dans ce cas, le mémoire, à l'exclusion des éléments de preuve et des pièces, ne peut compter plus de 20 pages sauf ordonnance contraire d'un juge ou du registraire, doit être signé par le procureur qui l'a rédigé ou par la partie qui comparaît en personne et doit être produit en cinq exemplaires.

(5) La couverture du mémoire du requérant doit être de couleur grise et celle du mémoire de l'intimé, de couleur verte.

(6) Sauf ordonnance contraire d'un juge ou du registraire, le requérant doit produire cinq exemplaires de la requête en autorisation auprès du registraire; toutefois, lorsqu'un dossier est produit en vertu du paragraphe (2), trois exemplaires de ce dossier suffisent.

(7) La requête en autorisation doit être signifiée aux personnes qui étaient parties au litige devant le tribunal d'instance inférieure et produite auprès du registraire dans le délai prévu à l'alinéa 64(1)a) de la Loi ou prorogé conformément au paragraphe 65(1) de la Loi.

(8) L'intimé doit signifier aux autres parties et produire auprès du registraire les documents visés au paragraphe (4) au plus tard 20 jours francs après la signification de la requête en autorisation.

(9) Après la production du mémoire de l'intimé ou à l'expiration du délai prévu au paragraphe (8), le registraire doit soumettre la requête en autorisation à la Cour pour qu'elle prenne les mesures voulues conformément à l'article 45 de la Loi.

(10) Le registraire doit inscrire au rôle toute requête en autorisation à l'égard de laquelle la Cour a ordonné la tenue d'une audience, conformément à l'alinéa 45(1)c) de la Loi.

(11) Except with the leave of the Registrar, no material shall be filed after the Court has ordered an oral hearing pursuant to paragraph 45(1)(c) of the Act.

Motions Before the Court

23.1 (1) Subject to subsection (2), all motions before the Court shall be prepared in accordance with subsections 23(1) to (3), with such modifications as the circumstances require.

(2) All motions before the Court shall include a notice of motion in Form "B".

(3) The respondent to a motion before the Court may file with the Registrar a memorandum that contains a concise statement of the facts and the law on which the respondent relies and may attach any relevant excerpts of the evidence, including exhibits. Where the respondent files a memorandum, the memorandum, excluding excerpts of the evidence and exhibits, shall not exceed 20 pages unless otherwise ordered by a Judge or the Registrar, shall be signed by counsel responsible for its preparation or by the party appearing in person, and 10 copies shall be filed.

(4) Unless otherwise ordered by a Judge or the Registrar, the applicant shall file with the Registrar 10 copies of the motion.

(5) An applicant shall serve the motion on all other parties at least 20 days before the hearing and shall file the motion with the Registrar at least 15 clear days before that hearing.

(6) The respondent to a motion shall serve the material referred to in subsection (3) on all other parties and file the material with the Registrar at least seven clear days before the hearing.

Hearing of Applications for Leave and Motions Before the Court

24. (1) The Chief Justice or, in his absence, the senior puisne Judge present shall set the dates on which applications for leave, where the Court has ordered an oral hearing under paragraph 45(1)(c) of the Act, and motions before the Court shall be heard.

(11) Sauf avec l'autorisation du registraire, aucun document ne peut être produit après que la Cour a ordonné la tenue d'une audience, conformément à l'alinéa 45(1)c) de la Loi.

Requêtes à la Cour

23.1 (1) Sous réserve du paragraphe (2), les requêtes à la Cour doivent être établies conformément aux paragraphes 23(1) à (3), compte tenu des adaptations de circonstance.

(2) Les requêtes à la Cour doivent comprendre un avis de requête rédigé selon la formule B.

(3) L'intimé peut produire auprès du registraire un mémoire dans lequel il expose avec concision les faits et les arguments de droit sur lesquels il s'appuie et y annexer les éléments de preuve pertinents, y compris les pièces; dans ce cas, le mémoire, à l'exclusion des éléments de preuve et des pièces, ne peut compter plus de 20 pages sauf ordonnance contraire d'un juge ou du registraire, doit être signé par le procureur qui l'a rédigé ou par la partie qui comparait en personne et doit être produit en 10 exemplaires.

(4) Sauf ordonnance contraire d'un juge ou du registraire, le requérant doit produire auprès du registraire 10 exemplaires de la requête.

(5) Le requérant doit signifier la requête aux autres parties au moins 20 jours francs avant l'audience relative à la requête et la produire auprès du registraire au moins 15 jours francs avant l'audience.

(6) L'intimé doit signifier aux autres parties et produire auprès du registraire les documents visés au paragraphe (3) au moins sept jours francs avant l'audience.

Audition des requêtes en autorisation et des autres requêtes à la Cour

24. (1) Le Juge en chef ou, en son absence, le doyen des juges puînés présents, fixe la date d'audience des requêtes en autorisation à l'égard desquelles la Cour a ordonné la tenue d'une audience conformément à l'alinéa 45(1)c) de la Loi et des requêtes à la Cour.

(2) The Court may hear applications for leave and motions on dates other than those specified in section 32 of the Act.

(3) Unless the Court otherwise directs, no more than one counsel shall be heard for each party and in reply on applications for leave and motions.

(4) Unless the Court otherwise permits:

(a) the applicant appearing in person or his counsel, on an application for leave or upon a motion, shall limit his oral submission to fifteen minutes, and his reply shall be limited to five minutes; and

(b) the respondent appearing in person or his counsel shall limit his oral submission to fifteen minutes.

(5) No person shall intervene on an application for leave or a motion before the Court unless ordered by a Judge prior to the hearing of the application or motion, on such terms and conditions and with such rights and privileges as the Judge may determine.

Abandoned Motions

25. (1) Where an applicant has not perfected an application for leave or a motion within one year after filing the notice of application for leave or the notice of motion, as the case may be, the Registrar may, on his own initiative or on a motion by the respondent, serve notice on the applicant that the application for leave or the motion will be dismissed as abandoned unless it is perfected within 30 days after service of the notice.

(2) Where an applicant does not perfect the application for leave or the motion within 30 days after service of the notice by the Registrar pursuant to subsection (1), or within such other time as a Judge or the Registrar allows, the Registrar shall make an order dismissing the application for leave or the motion as abandoned.

(3) Except in criminal cases, where an application for leave or a motion is withdrawn, the respondent shall thereupon be entitled without an

(2) La Cour peut entendre des requêtes à des dates différentes de celles fixées à l'article 32 de la Loi.

(3) Sauf ordonnance contraire de la Cour, le nombre de procureurs qui plaident à l'audition d'une requête est limité à un seul par partie.

(4) À moins d'une autorisation contraire de la Cour,

a) la plaidoirie du requérant qui comparaît en personne ou celle de son procureur ne doit pas excéder 15 minutes et sa réplique cinq minutes; et

b) la plaidoirie de l'intimé qui comparaît en personne ou celle de son procureur ne doit pas excéder 15 minutes.

(5) Nul ne peut intervenir dans une requête en autorisation ou une requête à la Cour, à moins d'y être autorisé par une ordonnance rendue par un juge avant l'audience relative à la requête et de respecter les conditions et d'agir dans les limites des droits et privilèges établis par celui-ci.

Abandon des requêtes

25. (1) Si le requérant ne met pas en état d'être entendue une requête en autorisation ou une autre requête dans l'année qui suit la production de l'avis de requête en autorisation ou de l'avis de requête, le registraire peut, de son propre chef ou sur requête de l'intimé, signifier au requérant un avis indiquant que la requête sera rejetée en tant que requête abandonnée si elle n'est pas mise en état d'être entendue dans les 30 jours suivant la signification de l'avis.

(2) Si le requérant ne met pas la requête en état d'être entendue dans les 30 jours suivant la signification de l'avis par le registraire conformément au paragraphe (1) ou dans tout autre délai accordé par un juge ou le registraire, ce dernier doit rendre une ordonnance rejetant la requête en tant que requête abandonnée.

(3) Sauf en matière criminelle, lorsqu'une requête en autorisation ou une autre requête est retirée, l'intimé a droit, sans ordonnance, à l'adju-

order, to have the respondent's costs taxed as an abandoned application for leave or motion.

Notice of Appeal

26. (1) A notice of appeal shall be served on all other parties and filed with the Registrar within the time prescribed in paragraph 64(1)(b) of the Act or as extended pursuant to subsection 65(1) of the Act or by the Registrar.

(2) Security shall be provided by the appellant within the time limit set out in subsection (1).

(3) When the appeal is one as of right, the appeal shall be perfected by serving and filing a notice of appeal on all parties within the time specified by the applicable statute.

(4) If the appeal is not perfected, as required by subsection (1), (2) or (3), the respondent may move before the Court or a Judge for the dismissal of the appeal.

Stay of Execution

27. Any party against whom judgment has been given, or an order made, by the Court or any other court, may apply to the Court for a stay of execution or other relief against such a judgment or order, and the Court may give such relief upon such terms as may be just.

Motions to Quash

28. (1) Unless the Court, a Judge or the Registrar otherwise orders, the respondent may, within 60 days after the filing of a notice of appeal, apply to the Court for an order quashing the appeal.

(2) Upon service of the notice of motion to quash, all further proceedings in the appeal shall be stayed until the motion has been disposed of unless the Court or a Judge otherwise orders.

(3) If the appeal is quashed, the appellant may, in the discretion of the Court, be ordered to pay the whole or any part of the costs of the appeal.

Cross-Appeals

29. (1) Where a respondent intends at the hearing of an appeal to argue that the judgment of the

dication de ses dépens au titre d'une requête abandonnée.

Avis de pourvoi

26. (1) L'avis de pourvoi doit être signifié à toutes les parties et produit auprès du registraire dans le délai prévu à l'alinéa 64(1)b) de la Loi, prorogé conformément au paragraphe 65(1) de la Loi ou prorogé par le registraire.

(2) Le cautionnement doit être déposé par l'appelant dans le délai fixé au paragraphe (1).

(3) Dans le cas d'un pourvoi de plein droit, il est parfait par la signification à toutes les parties d'un avis de pourvoi et sa production dans le délai fixé par la loi applicable.

(4) Si les exigences des paragraphes (1), (2) ou (3) ne sont pas respectées, l'intimé peut s'adresser à la Cour ou à un juge pour obtenir le rejet du pourvoi.

Sursis à l'exécution

27. La partie contre laquelle la Cour ou un autre tribunal a rendu un jugement ou une ordonnance peut demander à la Cour un sursis à l'exécution de ce jugement ou de cette ordonnance ou un autre redressement, et la Cour peut accéder à cette demande aux conditions qu'elle juge appropriées.

Requêtes en annulation

28. (1) Sauf ordonnance contraire de la Cour, d'un juge ou du registraire, l'intimé peut, dans les 60 jours suivant la production de l'avis de pourvoi, demander à la Cour d'annuler par ordonnance le pourvoi.

(2) Sauf ordonnance contraire de la Cour ou d'un juge, la signification de la requête en annulation entraîne la suspension de toutes les procédures jusqu'à ce qu'un jugement sur la requête soit prononcé.

(3) Si le pourvoi est annulé, la Cour a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner à l'appelant de payer la totalité ou une partie des dépens du pourvoi.

Pourvois incidents

29. (1) Lorsque l'intimé a l'intention de demander, à l'audience relative à un pourvoi, que le

court below should be varied, the respondent shall, within 30 days after the service of the notice of appeal or within such other time as a Judge or the Registrar allows, give notice of that intention to all parties who may be affected thereby. The omission to give such notice shall in no way limit the power of the Court to treat the whole case as open but may, at the discretion of the Court, be a ground for an adjournment of the hearing.

(2) If a respondent intends to appeal a part of any judgment not made subject of the appeal by the appellant, the respondent shall obtain leave to make such cross-appeal.

References

30. (1) When a reference is made to the Court by the Governor in Council or a case is stated for the Court's opinion under the authority of any Act of the Parliament of Canada or an appeal is taken pursuant to section 37 of the Act, the reference, stated case on appeal or an appeal pursuant to section 37 of the Act shall be inscribed for hearing by the Registrar upon the direction and order of the Court or a Judge.

(2) References shall comply with these Rules.

Evidence on Reference

31. (1) Where a question, referred to the Court by the Governor in Council pursuant to section 55 of the Act, involves the giving of an opinion as to the disposition the Court would make of a case already disposed of by a court of appeal, the Court may receive or require further evidence upon any question which it considers relevant.

(2) Such evidence shall be taken as authorized by the Act, and in the manner directed by the Court.

Notice of Constitutional Question

32. (1) When a party to an appeal

(a) intends to raise a question as to the constitutional validity or the constitutional applicability of a statute of the Parliament of Canada or of a

jugement du tribunal d'instance inférieure soit modifié, il doit, dans les 30 jours suivant la signification de l'avis de pourvoi ou dans tout autre délai accordé par un juge ou le registraire, en aviser toutes les parties intéressées. Le défaut de donner cet avis ne restreint aucunement le pouvoir de la Cour de considérer l'ensemble de l'affaire, mais peut, à la discrétion de la Cour, justifier l'ajournement de l'audience.

(2) L'intimé qui veut attaquer une partie du jugement contre laquelle l'appelant ne se pourvoit pas, doit obtenir l'autorisation de former ce pourvoi incident.

Renvois

30. (1) Dans le cas d'un renvoi à la Cour par le gouverneur en conseil, d'un exposé de cause soumis à la Cour en vertu d'une loi du Parlement du Canada ou d'un pourvoi prévu à l'article 37 de la Loi, le registraire doit inscrire le renvoi, l'exposé de cause ou le pourvoi pour audition selon les directives et l'ordonnance de la Cour ou d'un juge.

(2) Les renvois sont soumis aux présentes règles.

Preuve au renvoi

31. (1) Lorsque le gouverneur en conseil soumet une question à la Cour en vertu de l'article 55 de la Loi pour obtenir son opinion sur le règlement d'une affaire déjà jugée par une cour d'appel, la Cour peut recevoir ou exiger des éléments de preuve additionnels sur toute question qu'elle considère pertinente.

(2) Les éléments de preuve additionnels doivent être recueillis de la manière autorisée par la Loi et conformément aux directives de la Cour.

Avis de question constitutionnelle

32. (1) Lorsque, dans le cas d'un pourvoi autorisé par la Cour, par la cour de dernier ressort d'une province, par la Cour d'appel fédérale ou d'un pourvoi de plein droit, une partie

a) entend contester la validité ou l'applicabilité constitutionnelle d'une loi du Parlement du Canada ou d'une loi de la législature d'une

legislature of a province or of Regulations made thereunder, or

(b) intends to urge the inoperability of a statute of the Parliament of Canada or of a legislature of a province or of regulations made thereunder,

such party shall, upon notice to the other parties, apply to the Chief Justice or a Judge for the purpose of stating the question, within thirty days from the granting of leave to appeal or within thirty days from the filing of the notice of appeal in an appeal with leave of the court of final resort in a province, the Federal Court of Appeal, or in an appeal as of right.

(2) The parties to a reference under section 55 of the Act shall follow the procedure set out in subsection (1).

(3) The time referred to in subsection (1) may be extended by the Court or a Judge.

(4) Upon a motion, the Chief Justice or a Judge shall state the question or questions and direct service of the question or questions upon the Attorney General of Canada and the attorneys general of all the provinces within the time fixed by the Chief Justice or Judge together with notice that any of them who intends to intervene, whether or not the attorney general wishes to be heard, shall, within a time fixed in the notice that is not less than four weeks after the date of the notice, file a notice of intervention in Form "C".

(5) Any order made by the Chief Justice or a Judge pursuant to this Rule shall be prepared for the signature of the Registrar by the party making the motion and all such orders shall be included in and form part of the case on appeal.

(6) A constitutional question or questions to be raised pursuant to this Rule shall be included in Part I of the factum.

(7) Any attorney general, after leave to intervene has been granted under Rule 18 shall follow the procedure set out in subsection (1) to state a constitutional question or questions except the question shall be stated within 15 days after leave to intervene has been granted.

province, ou de l'un de leurs règlements d'application, ou

b) entend plaider le caractère inopérant d'une loi du Parlement du Canada ou d'une loi de la législature d'une province ou de l'un de leurs règlements d'application,

elle doit, après avoir donné avis aux autres parties et dans les 30 jours de l'autorisation de pourvoi ou de l'inscription de l'avis de pourvoi, s'adresser au Juge en chef ou à un juge pour que soit formulée la question.

(2) Les parties à un renvoi aux termes de l'article 55 de la Loi doivent suivre la procédure visée au paragraphe (1).

(3) Le délai fixé au paragraphe (1) peut être prorogé par la Cour ou par un juge.

(4) Sur requête, le Juge en chef ou un juge formule la question et en ordonne la signification, dans le délai qu'il fixe, au procureur général du Canada et aux procureurs généraux de toutes les provinces, avec avis que ceux qui veulent intervenir — qu'ils désirent ou non plaider — doivent déposer dans le délai précisé dans l'avis, non inférieur à quatre semaines à compter de la date de l'avis, un avis d'intervention conforme à la formule «C».

(5) L'ordonnance rendue par le Juge en chef ou un juge en vertu de la présente règle doit être rédigée pour la signature du registraire par la partie requérante; cette ordonnance fait partie du dossier.

(6) La question constitutionnelle posée conformément au présent article doit être incluse dans la première partie du mémoire.

(7) Lorsqu'une autorisation d'intervenir est accordée à un procureur général en vertu de l'article 18, il doit suivre la procédure prévue au paragraphe (1) pour que soit formulée une question constitutionnelle. Toutefois, la question doit être formulée dans les 15 jours de l'autorisation d'intervenir.

(8) Where an attorney general is an intervener in the courts below, he may upon notice to the other parties or interveners, apply to the Chief Justice or a Judge for the purpose of stating the question or questions within 30 days from the granting of leave to appeal or within 30 days from the filing of the notice of appeal,

(a) in an appeal with leave of the court of final resort in a province or of the Federal Court of Appeal; or

(b) in an appeal as of right.

Case on Appeal

33. (1) A case provided for by section 67 of the Act shall be printed on white paper of good quality, and on one side of the paper only with the printed pages to the left and the type shall be 10 point. If the printing is by the stencil or offset process, the type shall not be smaller than standard "elite" or larger than standard "pica".

(2) The size of the page shall be 21.5 cm by 28 cm and every tenth line shall be numbered in the left margin. The number of lines on each page shall be about 47, exclusive of headings, which shall not be counted in the marginal numbering, and there shall be generally at least 500 words in every printed page.

(3) A case shall be bound in the following sequence and shall consist of a grey-coloured cover, an index and the following parts:

Part I—Pleadings, orders, entries or other proceedings (excepting the certificates in Form D and Form E), and the order granting leave to appeal if such was required, in chronological order.

Part II—The evidence.

Part III—The exhibits.

Part IV—All judgments in the courts below and the reasons for judgment where available.

Part V—The agreement of the parties as to the contents of the case, or a copy of the order settling it, the certificate of the Registrar of the

(8) Lorsqu'un procureur général est intervenant devant les cours d'instance inférieure, il peut, sur avis aux autres parties, s'adresser au Juge en chef ou à un juge pour que soit formulée la question dans les 30 jours de l'autorisation de pourvoi ou de l'inscription de l'avis de pourvoi, lorsqu'il s'agit:

a) d'un pourvoi autorisé par la cour de dernier ressort d'une province ou par la Cour d'appel fédérale;

b) d'un pourvoi de plein droit.

Dossier

33. (1) Le dossier prévu à l'article 67 de la Loi doit être imprimé sur du papier blanc de bonne qualité, d'un seul côté de la feuille et le texte doit être imprimé à gauche avec un caractère d'imprimerie de 10 points. Si l'impression est faite au stencil ou en «offset», le caractère utilisé ne doit pas être plus petit que le caractère «élite» normal ni plus grand que le caractère «pica» normal.

(2) Le format de la feuille doit être de 21,5 cm par 28 cm et un numéro doit être porté en marge gauche toutes les 10 lignes. Chaque page doit comprendre en moyenne 47 lignes, à l'exclusion des titres qui ne comptent pas dans la numérotation marginale. Il doit y avoir normalement au moins 500 mots par page imprimée.

(3) Le dossier doit être relié dans l'ordre suivant et se composer d'une couverture grise, d'une table des matières et des parties suivantes:

Partie I—les actes de procédure, les ordonnances, les inscriptions ou les autres procédures (à l'exception des attestations rédigées selon les formules D et E) et l'ordonnance accordant l'autorisation de pourvoi, le cas échéant, le tout dans l'ordre chronologique.

Partie II—la preuve.

Partie III—les pièces.

Partie IV—tous les jugements rendus par les tribunaux d'instance inférieure ainsi que les motifs de jugement s'il y a lieu.

Partie V—l'accord des parties sur le contenu du dossier ou une copie de l'ordonnance qui le détermine, l'attestation du greffier de la cour

court appealed from in Form D, and the certificate of the counsel in Form E.

dont le jugement est porté en appel, rédigée selon la formule D, et l'attestation du procureur, rédigée selon la formule E.

(4) The cover of a case shall be entitled "In the Supreme Court of Canada" and immediately thereunder shall appear the name of the court and the province from which the appeal comes and the style of cause without abbreviation or translation in parentheses. Thereafter shall appear "Case on Appeal" between appropriate parallel lines. There shall be added below the words "Case on Appeal", the names and addresses of the solicitors with their telephone numbers for the parties in a column to the left with the names and addresses of such solicitors' agents, if any, with their telephone numbers in a column to the right.

a (4) La couverture du dossier doit porter l'en-tête «Cour suprême du Canada», immédiatement suivi entre parenthèses de la désignation du tribunal et de la province d'où vient le pourvoi, puis de l'intitulé de l'affaire, sans abréviation ni traduction.
 b Sont ensuite inscrits les mots «Dossier» entre deux lignes parallèles, puis en-dessous en colonne à gauche les noms, adresses et numéros de téléphone des procureurs des parties et, le cas échéant, en colonne à droite les noms, adresses et numéros de
 c téléphone de leurs correspondants.

(5) Every page except facsimile reproduced exhibits shall have a headline. The contents of the headline shall be in accordance with the following requirements:

d (5) Chaque page, à l'exception des pièces reproduites en fac-similé, doit porter un des titres conforme aux exigences suivantes:

(a) pleadings—the description and date of each pleading and the party who filed it;

e a) les actes de procédure: leur objet, leur date et le nom de la partie qui les produit;

(b) affidavits—their relationship to the action or any motion related thereto, the name of the deponent, the date of the affidavit and the party submitting it;

f b) les affidavits: leur lien avec l'instance ou les requêtes s'y rapportant, le nom du déclarant, la date de l'affidavit et le nom de la partie qui l'a présenté;

(c) orders or other proceedings—their date and the authority for issuance;

g c) les ordonnances ou les autres procédures: leur date et l'autorité dont elles émanent;

(d) evidence—the name of the witness, the party calling the witness, and whether examination-in-chief, cross-examination, or re-examination or examination per curiam as the case may be;

h d) les témoignages: le nom du témoin, la partie qui l'a cité, en précisant s'il s'agit de l'interrogatoire, du contre-interrogatoire ou du ré-interrogatoire ou de l'interrogatoire de la cour;

(e) exhibits—the number or letter under which they were filed;

i e) les pièces: la cote sous laquelle elles ont été produites;

(f) judgments—the words "Judgment of" followed by the name of the court and its date;

j f) les jugements: les mots «jugement de», suivis du nom du tribunal et de la date;

(g) reasons for judgment—the words "Reasons for judgment of", followed by the name of the judge, the court, and the date.

k g) les motifs de jugement: les mots «Motifs de jugement du», suivis du nom du juge, du tribunal et de la date.

(6) (a) Where evidence is printed in English the questions shall be preceded by the letter "Q" and the answer by the letter "A".

l (6) a) Quand les témoignages sont imprimés en français, les questions doivent être précédées de la lettre «Q» et les réponses de la lettre «R».

(b) Where evidence is printed in French the questions shall be preceded by the

m b) Quand les témoignages sont imprimés en anglais, les questions doivent être pré-

letter "Q" and the answer by the letter "R".

This subsection shall not apply to the evidence when it is in the form required by the court of appeal of the province from where it comes.

(7) All printed or written documents filed as exhibits shall be grouped together and printed in the order in which they were filed at trial.

If the whole case will require two or more volumes and the party appearing in person or his counsel considers that it will facilitate reference to the exhibits, they may be reproduced in the final volume. On the cover, after the volume number, shall appear the word "Exhibits" in bold letters.

(8) All pages of the case, including any special volume for exhibits, shall be numbered consecutively.

(9) All pleadings, judgments and other documents shall be printed in full; the style of cause shall not be abbreviated except where two or more actions are the basis of the appeal.

(10) Where a case exceeds 300 pages, it shall be bound in separate volumes of approximately 200 pages each.

(11) When the case on appeal is printed in more than one volume, below the words "Case on Appeal" on each volume and between the parallel lines, shall be indicated in Roman numerals the volume number and after or below the volume number the page numbers of the first and last pages in that volume.

(12) The index shall be printed at the beginning of each volume of case and shall set out in detail the entire contents of the four parts of the case, with dates and description of the nature of the material as required for the headlines and, in the case of exhibits, shall indicate the page at which it is referred to for the first time in evidence and, in the case of a judgment given without recorded reasons, in the column for page numbers shall be inserted the phrase "no recorded reasons".

cédées de la lettre «Q», et les réponses de la lettre «A».

Ce paragraphe ne s'applique pas aux témoignages qui sont imprimés en la forme prescrite par la cour d'appel de la province d'origine.

(7) Les imprimés et écrits produits à titre de pièces doivent être réunis et imprimés dans l'ordre dans lequel ils ont été produits en première instance.

Lorsque le dossier entier nécessite deux volumes ou plus et que, de l'avis de la partie qui comparaît en personne ou de son procureur, le renvoi aux pièces s'en trouvera facilité, celles-ci peuvent être reproduites dans le dernier volume. Le mot «Pièces» doit figurer en caractères gras sur la couverture après le numéro du volume.

(8) Toutes les pages du dossier, ainsi que celles du volume spécial des pièces, doivent être numérotées consécutivement.

(9) Les actes de procédure, les jugements et autres documents doivent être imprimés intégralement; l'intitulé de l'affaire ne peut être abrégé que si deux actions ou plus sont à l'origine du pourvoi.

(10) Lorsque le dossier dépasse 300 pages, il doit être relié en volumes distincts d'environ 200 pages chacun.

(11) Si le dossier comprend plus d'un volume, sous les mots «Dossier» et entre les deux lignes parallèles, il faut indiquer le numéro du volume en chiffres romains et mettre à sa suite ou en-dessous le numéro de la première et de la dernière page de ce volume.

(12) Une table des matières doit être insérée au début de chaque volume du dossier et indiquer en détail le contenu des quatre parties du dossier, avec les dates et descriptions de la nature des documents comme dans le cas des titres; dans le cas des pièces, elle doit indiquer la page à laquelle il y est fait référence pour la première fois dans la preuve; dans le cas des jugements rendus sans motifs consignés, il faut mentionner dans la colonne destinée aux numéros de page «aucun motif consigné».

(13) The pages of the index shall be numbered with small Roman numerals at the top centre of the page and the remaining pages of the case shall be numbered consecutively with the numbers placed at the top centre of the page. Nothing shall appear above the page number.

(14) The Registrar may excuse a party from complying with any of the provisions of this Rule.

Case to be Printed and Copies Filed with Registrar

34. (1) A case shall be printed by the appellant who shall serve every party with a copy and file 21 copies thereof with the Registrar except in the case of a Reference where 31 copies shall be filed.

(2) A case shall be filed with the Registrar on or before the ninth Tuesday preceding the first day of the session at which the appeal is to be heard.

(3) The Registrar may reduce the numbers of copies of a case or any part thereof required to be filed by this Rule.

Dispensing with Printing of Case

35. (1) The Court, a Judge or the Registrar may, on a motion by any party, dispense with the printing or copying of any evidence, documents or plans forming part of a case.

(2) The court appealed from shall transmit to the Registrar, in addition to the case referred to in section 68 of the Act, a certificate in Form D.

Motion to Dismiss for Delay in Filing Case

36. If the appellant does not file and serve his case on appeal within the time prescribed by Rule 34, the respondent may move to dismiss.

Contents of Factum

37. (1) The factum shall consist of five parts as follows:

Part I—In the appellant's factum this part shall be a concise statement of the facts. In the

(13) La table des matières doit être paginée en chiffres romains minuscules centrés en haut de la page et le reste du dossier doit être paginé de manière consécutive en centrant le numéro en haut de la page. Rien ne doit figurer au-dessus du numéro de la page.

(14) Le registraire peut exempter une partie de l'obligation de suivre les dispositions du présent article.

Impression du dossier et production au greffe

34. (1) L'appelant doit faire imprimer le dossier, en signifier un exemplaire à chaque partie et en produire 21 exemplaires au greffe; s'il s'agit d'un renvoi, 31 exemplaires devront être produits.

(2) Le dossier doit être produit auprès du registraire au plus tard le neuvième mardi qui précède le premier jour de la session au cours de laquelle le pourvoi est censé être entendu.

(3) Le registraire peut réduire le nombre d'exemplaires du dossier ou de toute partie de ce dernier.

Dispense d'impression du dossier

35. (1) Sur requête d'une partie, la Cour, un juge ou le registraire peut dispenser celle-ci de l'impression ou de la reproduction de tout élément de preuve, document ou plan faisant partie du dossier.

(2) La cour dont le jugement est porté en appel doit transmettre au registraire, outre le dossier prévu à l'article 68 de la Loi, une attestation rédigée selon la formule D.

Requête en rejet pour retard dans la production du dossier

36. Si l'appelant omet de produire et de signifier son dossier dans le délai prescrit à l'article 34, l'intimé peut demander le rejet du pourvoi.

Contenu des mémoires

37. (1) Un mémoire doit comporter les cinq parties suivantes:

Partie I—dans cette partie de leur mémoire respectif, l'appelant doit énoncer succinctement

respondent's factum this part shall be a concise statement of his position with respect to the appellant's statement of facts including a concise statement of such other facts as he considers relevant.

Part II—In the appellant's factum this part shall contain a concise statement of the points in issue in the appeal. In the respondent's factum this part shall contain a statement of his position in regard to the appellant's points which the respondent wishes to put in issue.

Part III—A statement of the argument setting out briefly and concisely the points of law or fact to be discussed, with a particular reference to the page and line of the case and the authorities relied upon in support of each point. When a statute, regulation, rule, ordinance or by-law is cited, or relied on, so much thereof as may be necessary to the determination of the appeal, shall be printed as an appendix to the factum or ten copies of such statute, regulation, rule, ordinance or by-law may be filed for the use of the Court.

Part IV—A brief and concise statement stating the nature of the order that the party desires the Court to make, including any special disposition with regard to costs.

Part V—A table of authorities expected to be referred to by the party appearing in person or his counsel, arranged alphabetically, and setting out the page or pages in the submission upon which reference is made to each authority.

(2) Where the party appearing in person or his counsel chooses to supply copies of authorities for the use of the Court, he shall also supply a copy to counsel for each party or to the party representing himself, and all the copies shall

(a) be legible;

(b) be fastened together by stitching or rings or some similar device in one or more volumes, each numbered; and

(c) contain at the front of each volume an index of the authorities in it.

les faits et l'intimé doit énoncer succinctement sa position relativement aux faits énoncés par l'appellant et les faits additionnels qu'il estime pertinents.

Partie II—dans cette partie de leur mémoire respectif, l'appellant doit faire un énoncé concis des points en litige dans le pourvoi et l'intimé doit énoncer sa réponse aux points soulevés par l'appellant et qu'il estime pertinents de débattre.

Partie III—un résumé de l'argumentation énonçant succinctement les moyens de droit ou de fait à débattre, avec un renvoi à la page et à la ligne du dossier et aux arrêts et ouvrages invoqués à l'appui de chaque moyen. Lorsqu'une loi, un règlement, une règle, une ordonnance ou un décret est cité ou invoqué, l'extrait pertinent doit être reproduit en annexe au mémoire ou le texte intégral déposé en 10 exemplaires à l'intention de la Cour.

Partie IV—un énoncé concis de la nature de la décision recherchée et de toute disposition particulière relative aux dépens.

Partie V—une liste des arrêts et ouvrages que la partie qui comparaît en personne ou son procureur entend invoquer, en ordre alphabétique avec un renvoi à la page où ils sont cités.

(2) Lorsque la partie qui comparaît en personne ou son procureur choisit de déposer auprès de la Cour des exemplaires des arrêts et ouvrages, il doit également en fournir un exemplaire au procureur de chaque partie, ou à la partie qui comparaît en personne; chaque exemplaire doit:

a) être très lisible;

b) être broché ou attaché par des anneaux ou par un autre procédé similaire, en un ou plusieurs volumes numérotés;

c) contenir, en liminaire, une liste des arrêts et ouvrages qui y sont reproduits.

(2.1) Unless otherwise ordered by a Judge or the Registrar, Parts I to IV inclusive of a factum shall not exceed 40 pages.

(3) Paragraphs in Parts I to IV inclusive shall be numbered consecutively.

Factums to be Filed and Served

38. (1) On or before the seventh Tuesday preceding the first day of the session at which an appeal is to be heard, an appellant shall serve three copies of the appellant's factum on the other party or parties and one copy thereof on each intervener and shall file 21 copies of the factum with the Registrar.

(2) On or before the third Tuesday preceding the first day of the session at which the appeal is to be heard, a respondent shall serve three copies of the respondent's factum on the other party or parties and one copy thereof on each intervener and shall file 21 copies of the factum with the Registrar.

(3) On or before the second Tuesday preceding the first day of the session at which the appeal is to be heard, an intervener under subsection 32(4) shall serve one copy of the intervener's factum on the other party or parties and each intervener and shall file 21 copies of the factum with the Registrar.

(4) Notwithstanding subsections (1) to (3), in the case of a reference, 31 copies of each factum shall be filed with the Registrar.

Printing of Factum

39. (1) Subject to subsection (4), factums shall be printed in the same form and manner as for the case on appeal, and shall include an index after which all pages shall be numbered consecutively.

(2) The colour of the cover of the appellant's factum shall be buff, the cover of the respondent's factum shall be green, and the cover of the intervener's factum shall be blue.

(3) A factum shall indicate on its cover the party filing it and, when there is more than one

(2.1) Sauf ordonnance contraire d'un juge ou du registraire, les parties I à IV du mémoire ne peuvent compter plus de 40 pages.

(3) Les paragraphes des parties I à IV doivent être numérotés consécutivement.

Production et signification des mémoires

38. (1) Au plus tard le septième mardi précédant le premier jour de la session au cours de laquelle le pourvoi est censé être entendu, l'appellant doit signifier trois exemplaires de son mémoire aux autres parties et un exemplaire à chaque intervenant et en produire 21 exemplaires auprès du registraire.

(2) Au plus tard le troisième mardi précédant le premier jour de la session au cours de laquelle le pourvoi est censé être entendu, l'intimé doit signifier trois exemplaires de son mémoire aux autres parties et un exemplaire à chaque intervenant et en produire 21 exemplaires auprès du registraire.

(3) Au plus tard le deuxième mardi précédant le premier jour de la session au cours de laquelle le pourvoi est censé être entendu, l'intervenant visé au paragraphe 32(4) doit signifier un exemplaire de son mémoire aux autres parties et à chaque intervenant et en produire 21 exemplaires auprès du registraire.

(4) Nonobstant les paragraphes (1) à (3), dans le cas d'un renvoi, 31 exemplaires de chaque mémoire doivent être produits auprès du registraire.

Impression des mémoires

39. (1) Sous réserve du paragraphe (4), un mémoire doit être imprimé en la même forme que le dossier et comprendre une table des matières à la suite de laquelle toutes les pages sont numérotées consécutivement.

(2) La couverture du mémoire de l'appelant doit être de couleur chamois, celle du mémoire de l'intimé, de couleur verte, celle du mémoire de l'intervenant, de couleur bleue.

(3) Sur la couverture du mémoire, le nom de la partie qui le produit doit être indiqué. S'il y a plus

appellant or respondent, the name of the party and the title appellant or respondent, as the case may be, shall be given.

(4) The lines of the factum shall be spaced one and one-half lines apart, except for quotations from authorities which shall be indented and single-spaced.

(5) The Registrar may excuse a party from complying with any of the provisions of this Rule.

Signature on Factums

40. (1) The name of the counsel responsible for the preparation of a factum and the name of each party represented by that counsel shall be type-written at the end of the material.

(2) The original of the factum shall be signed by the counsel responsible for its preparation or by the party appearing in person.

Factum on Cross-Appeal

41. Where there is a cross-appeal, the respondent's factum shall consist of two main headings, each of five parts as described in Rule 37, the first entitled "Factum on Appeal", and the second "Factum on Cross-Appeal" and the appellant may file and serve a further factum as his answer to the cross-appeal in the manner provided for a respondent in Rule 38(2) within two weeks of being served with the factum.

Late Filing of Factums

42. (1) If the appellant does not file and serve his factum as prescribed by Rule 38, the respondent may move to dismiss.

(2) If the respondent does not file his factum within the time required by Rule 38, the appellant may move before a Judge for directions regarding production of the factum.

(3) Where an intervener under subsection 32(4) does not file a factum within the time required by subsection 38(3), the appellant or the respondent may move before a Judge for directions regarding production of the factum.

d'un appellant ou d'un intimé, le nom de la partie doit être suivi de sa qualité d'«appellant» ou d'«intimé», selon le cas.

(4) Le mémoire doit être imprimé à un interligne et demi, à l'exception des extraits des arrêts et ouvrages qui doivent être à interligne simple et en retrait.

(5) Le registraire peut exempter une partie de l'obligation de suivre les dispositions du présent article.

Signature des mémoires

40. (1) Les noms du procureur qui a rédigé le mémoire et de chaque partie qu'il représente doivent être dactylographiés à la fin de celui-ci.

(2) Le procureur qui a rédigé le mémoire, ou la partie qui comparaît en personne, doit signer l'original.

Mémoire relatif au pourvoi incident

41. En cas de pourvoi incident, le mémoire de l'intimé doit comporter deux titres principaux, divisés chacun en cinq parties en la forme prescrite par l'article 37, le premier intitulé «Mémoire relatif au pourvoi» et le second «Mémoire relatif au pourvoi incident». L'appellant peut, en réponse au pourvoi incident, produire et signifier un autre mémoire en la forme prescrite au paragraphe 38(2), dans les deux semaines de la signification du mémoire de l'intimé.

Production tardive des mémoires

42. (1) Si l'appellant ne produit pas et ne signifie pas son mémoire de la façon prescrite à l'article 38, l'intimé peut présenter une requête en rejet.

(2) Si l'intimé ne produit pas son mémoire dans le délai prescrit à l'article 38, l'appellant peut demander à un juge des directives relativement à la production du mémoire.

(3) Si l'intervenant visé au paragraphe 32(4) ne produit pas son mémoire dans le délai prévu au paragraphe 38(3), l'appellant ou l'intimé peut présenter une requête à un juge pour obtenir des directives relativement à la production du mémoire.

Discontinuance

43. (1) An appellant may discontinue his appeal by serving a notice of discontinuance on the respondent who, after filing the said notice with the Registrar, shall thereupon be entitled to have his costs taxed by the Registrar without any order.

(2) A notice of discontinuance shall be served by the appellant at the same time upon all other parties in the appeal.

Inscription and Notice of Inscription

44. (1) The appeal shall be inscribed for hearing by the appellant in accordance with Form F.

(2) The Registrar on or before the second Tuesday preceding the first day of the session of the Court shall enter on a list all those appeals which have been inscribed pursuant to subsection (1).

(3) No appeal shall be inscribed for hearing until the case and the factum of the appellant have been filed and served in accordance with Rules 34 and 38, unless by leave of a Judge or of the Registrar.

(4) Within 10 days from the completion of the list, the appellant shall serve a notice of hearing in Form G upon all parties.

Dismissal of Appeals for Late Inscription

45. If the appeal is not inscribed for hearing within one year after the serving and filing of the notice of appeal,

(a) the respondent may, on notice to the appellant, move before the Court or a Judge thereof for the dismissal of the appeal; and/or

(b) the Registrar may advise the parties by written notice that, if the appeal is not inscribed for hearing within 60 days, the appeal may, by an order of a Judge made on the application of the Registrar, be dismissed as an abandoned appeal.

Hearings and Attendance at Appeals or Judgments

46. (1) Unless otherwise ordered by the Chief Justice or the senior puisne Judge present or, if no Judge is present, by the Registrar, appeals shall be

Désistement

43. (1) Un appellant peut se désister de son pourvoi en signifiant un avis de désistement à l'intimé qui, sur simple production au greffe, fait alors taxer ses dépens par le registraire sans ordonnance.

(2) L'avis de désistement doit être signifié aux autres parties au pourvoi.

Inscription et avis d'inscription

44. (1) L'appellant doit inscrire le pourvoi pour audition au moyen de la formule F.

(2) Au plus tard le deuxième mardi précédant le premier jour de la session de la Cour, le registraire met au rôle tous les pourvois inscrits selon le paragraphe (1).

(3) Aucun pourvoi ne peut être inscrit pour audition avant que le dossier et le mémoire de l'appellant ne soient produits et signifiés selon les articles 34 et 38, sauf avec l'autorisation d'un juge ou du registraire.

(4) Dans les 10 jours de la mise au rôle, l'appellant doit signifier à toutes les parties un avis d'audition rédigé selon la formule G.

Rejet des pourvois pour inscription tardive

45. Si le pourvoi n'est pas inscrit pour audition dans l'année qui suit la signification et la production de l'avis de pourvoi,

a) l'intimé peut, après en avoir avisé l'appellant, demander le rejet du pourvoi à la Cour ou à un juge;

b) le registraire peut aviser par écrit les parties qu'il demandera à un juge de rendre une ordonnance rejetant le pourvoi en tant que pourvoi abandonné si celui-ci n'est pas inscrit pour audition dans les 60 jours.

Auditions et présence aux pourvois ou aux jugements

46. (1) Sauf ordonnance contraire du Juge en chef, du doyen des juges puînés présents ou, en leur absence, du registraire, les pourvois sont

heard in the order in which they have been inscribed for hearing, and if any party neglects to appear at the proper day and time, the Court may hear the party or parties present and may dispose of the appeal without hearing the party so neglecting to appear, or may postpone the hearing on such terms, including the payment of costs, as the Court considers necessary.

(2) The name of counsel appearing before the Court shall be given to the Clerk of Process one week before the appeal is to be heard.

(3) Unless the Court permits otherwise,

(a) no more than two counsels for each party and one counsel for each intervener shall be heard on any appeal; and

(b) only one counsel for each party shall be heard in reply.

(4) Intervenors shall not have the right of reply unless the Court otherwise permits.

(5) When judgment is reserved in any matter, agents for the parties and the intervenors, or counsel representing the parties and the intervenors, where no agent has been appointed, will be notified by the Registrar as to the date the judgment will be delivered, and counsel or their agents will be expected to attend when judgment is to be delivered in open court pursuant to paragraph 26(1)(a) of the Act.

(6) A notice of deposit of judgment referred to in subsection 27(4) of the Act shall be in Form "G.1".

Appeals in Forma Pauperis

47. (1) Leave to appeal *in forma pauperis* may be granted by making a motion before the Court, a Judge or the Registrar.

(2) A motion *in forma pauperis* shall be supported by an affidavit from the appellant stating that his net assets, exclusive of his family home and the subject matter of the proceeding, do not exceed five thousand dollars and that he is unable to provide security.

(3) Where an appellant is granted leave to appeal *in forma pauperis*, he shall not be required

entendus dans l'ordre de leur inscription au rôle. Si une partie ne comparait pas au jour et à l'heure fixés, la Cour peut n'entendre que les parties présentes et statuer sans entendre la partie absente, ou elle peut ajourner l'audience aux conditions qu'elle juge nécessaires, notamment quant aux dépens.

(2) Le greffe doit être avisé au moins une semaine avant l'audition du pourvoi du nom des procureurs qui comparaitront en Cour.

(3) Sauf permission de la Cour,

(a) le nombre de procureurs qui plaident à un pourvoi est limité à deux par partie et à un seul par intervenant; et

(b) le nombre de procureurs qui plaident en réplique est limité à un seul par partie.

(4) Les intervenants n'ont pas le droit de réplique, sauf permission de la Cour.

(5) Lorsqu'une question a été mise en délibéré, le registraire doit aviser de la date du prononcé du jugement les correspondants des parties et des intervenants, ou les procureurs des parties et des intervenants qui ne possèdent pas de correspondant; la Cour compte sur la présence des correspondants ou des procureurs lorsque le jugement est rendu en audience publique conformément à l'alinéa 26(1)a) de la Loi.

(6) L'avis de dépôt du jugement visé au paragraphe 27(4) de la Loi est établi selon la formule G.1.

Pourvois in forma pauperis

47. (1) L'autorisation de se pourvoir *in forma pauperis* peut être accordée sur présentation d'une requête à la Cour, à un juge ou au registraire.

(2) Une requête *in forma pauperis* doit être accompagnée d'un affidavit de l'appelant dans lequel celui-ci déclare que la valeur de ses biens, à l'exclusion de sa maison familiale et de l'objet des procédures, ne dépasse pas 5 000 dollars, et qu'il est incapable de fournir un cautionnement.

(3) Lorsqu'un appelant obtient l'autorisation de se pourvoir *in forma pauperis*, il n'est pas tenu de

to give security as provided by section 66 of the Act or to pay any fees to the Registrar.

(4) Leave to defend or intervene in an appeal *in forma pauperis* may be granted by making a motion before a Judge or the Court.

(5) A motion referred to in subsection (4) shall be supported by an affidavit from the respondent or intervener stating that his net assets, exclusive of his family home and the subject matter of the proceeding, do not exceed five thousand dollars.

Judgment

48. (1) The pronouncement of judgment delivered by the Court under seal and signed by the Registrar shall constitute the judgment of the Court.

(2) Certified copies of the judgment may be obtained from the Registrar on payment of the fee set out in the tariff of fees in Schedule A.

(3) For the purpose of this Rule, pronouncement of judgment includes any judgment delivered by the Court, orally or in writing, whether on an appeal, application for leave or motion.

Date of Judgment

49. Every judgment shall be dated as of the day on which such judgment is pronounced and the judgment takes effect from that day.

Motion to Vary

50. (1) A party may, at any time before the expiration of 30 clear days after the delivery of a judgment, move before a Judge, or before the Registrar where all the parties affected have consented to the motion, to vary the judgment.

(2) A motion to vary a judgment may only be made where the judgment signed by the Registrar

(a) contains an error in writing or calculation or any other clerical error;

(b) does not accord with the judgment as pronounced by the Court; or

fournir le cautionnement prévu à l'article 66 de la Loi ni de verser des honoraires au registraire.

(4) L'autorisation de former une défense ou d'intervenir *in forma pauperis* peut être accordée sur présentation d'une requête à un juge ou à la Cour.

(5) La requête mentionnée au paragraphe (4) doit être accompagnée d'un affidavit de l'intimé ou de l'intervenant dans lequel celui-ci déclare que la valeur de ses biens, à l'exclusion de sa maison familiale et de l'objet des procédures, ne dépasse pas 5 000 dollars.

Jugement

48. (1) Le dispositif du jugement rendu par la Cour, une fois revêtu du sceau et signé par le registraire, constitue le jugement de la Cour.

(2) On peut se procurer des copies certifiées du jugement auprès du registraire, sur paiement des honoraires fixés à l'annexe A.

(3) Le présent article vise tout jugement oral ou écrit rendu par la Cour, qu'il s'agisse d'un pourvoi, d'une requête en autorisation ou d'une autre requête.

Date du jugement

49. Chaque jugement porte la date du jour où il a été prononcé et il prend effet à compter de ce jour.

Requête en rectification

50. (1) Une partie peut, dans un délai de 30 jours francs suivant le prononcé du jugement, demander par requête à un juge, ou au registraire si toutes les parties consentent à la requête, de rectifier le dispositif du jugement.

(2) La requête en rectification n'est recevable que si elle fait valoir que le dispositif signé par le registraire

(a) contient une coquille, une erreur de calcul ou une autre erreur d'écriture;

(b) n'est pas conforme au jugement prononcé par la Cour;

(c) inadvertently includes in or omits from the judgment pronounced or the disposition made of the proceeding by the Court, a matter on which the Court pronounced or that the Court disposed of.

(3) Upon a motion referred to in subsection (1), the Judge may vary the judgment as pronounced, or direct that a motion be made pursuant to Rule 51.

Rehearing

51. (1) There shall be no rehearing of an appeal except by order of the Court or at the instance of the Court.

(2) The Court may either before or after judgment is rendered order a rehearing at its own instance.

(3) A motion requesting a rehearing shall be in writing stating the grounds for the motion, supported by a memorandum of argument.

(4) The motion shall be made prior to the expiry of 30 clear days from the pronouncement of the judgment.

(5) The motion and memorandum shall be filed and served on all other parties that appeared upon the appeal.

(6) Within two weeks after the service of the motion and memorandum of argument, the other parties to the appeal may file and serve a memorandum of argument in writing in response to the motion.

(7) Within two weeks after the service of the response, the applicant may file and serve upon all parties his reply to the responses served upon him.

(8) All submissions shall enumerate briefly and concisely, the grounds upon which the motion is based or opposed.

(9) There shall be no oral argument on the motion requesting a rehearing unless by direction of the Court.

(10) Unless otherwise ordered by the Court, costs awarded on a motion requesting a rehearing, shall be taxed as for a motion before the Court.

c) comprend, par inadvertance, une question sur laquelle la Cour n'a pas statué ou omet une question par elle tranchée.

a

(3) Le juge saisi de la requête visée peut rectifier le dispositif du jugement ou ordonner qu'une requête soit présentée en vertu de l'article 51.

b

Nouvelle audition

51. (1) Aucun pourvoi ne peut être entendu de nouveau, sauf sur autorisation de la Cour ou à son initiative.

(2) La Cour peut, avant ou après jugement, prendre l'initiative d'ordonner une nouvelle audition.

(3) Une requête en nouvelle audition doit être présentée par écrit et doit en énoncer les motifs, avec un mémoire à l'appui.

(4) La requête doit être présentée dans les 30 jours francs du prononcé du jugement.

(5) La requête et le mémoire doivent être produits et signifiés à toutes les parties présentes à l'audition.

(6) Dans les deux semaines de la signification de la requête et du mémoire, les autres parties au pourvoi peuvent produire et signifier un mémoire en réponse.

(7) Dans les deux semaines de la signification de la réponse, le requérant peut produire une réplique et doit la signifier à toutes les parties.

(8) Les mémoires doivent énoncer avec concision et précision les motifs de la requête ou ceux de sa contestation.

(9) Il n'y a pas de plaidoiries orales sur une requête en nouvelle audition, sauf directives de la Cour à cet effet.

(10) Sauf ordonnance contraire de la Cour, les dépens adjugés sur une requête en nouvelle audition doivent être taxés comme s'il s'agissait d'une requête ordinaire.

(11) When any documents are required to be filed pursuant to this Rule a copy shall be filed for each of the Judges who heard the appeal, and one for the Court record.

(11) Lorsqu'il est nécessaire de produire des pièces en vertu du présent article, il faut en produire un exemplaire à l'intention de chacun des juges qui a siégé au pourvoi, en plus de celui ^a destiné au dossier de la Cour.

(12) There shall be no rehearing on an application for leave or a motion.

(12) Aucune requête en autorisation ou autre requête ne peut faire l'objet d'une nouvelle audition.

Oaths and Witnesses Before Registrar

Serments et témoins devant le registraire

52. The Registrar, in all proceedings before him, shall have power to administer oaths and examine witnesses.

52. Le registraire a le pouvoir de faire prêter serment et d'interroger des témoins aux fins des ^c procédures qui lui sont soumises.

Order of Registrar Binding

Effet des ordonnances du registraire

53. Subject to Rule 55, every order made by the Registrar shall be binding on all parties concerned as if the same had been made or given by a Judge.

53. Sous réserve de l'article 55, une ordonnance ^d du registraire lie toutes les parties intéressées comme si elle émanait d'un juge.

Registrar to Sign Orders

Signature des ordonnances par le registraire

54. All orders shall be signed by the Registrar.

54. Le registraire signe toutes les ordonnances. ^e

Registrar's Reference to Judge

Renvoi à un juge

55. The Registrar may refer any matter before him to a Judge for a decision.

55. Le registraire peut renvoyer à un juge toute ^f affaire qui lui est soumise.

Review of Order of Registrar

Révision des ordonnances du registraire

56. (1) Any person affected by an order of the Registrar may apply to a Judge for a review of the order.

56. (1) Une personne visée par une ordonnance ^g du registraire peut en demander la révision à un juge.

(2) An application for the review of an order of the Registrar shall be by motion stating the reasons for the objection and shall be heard within 20 days from the day the order was made, notwithstanding Rule 11(4).

(2) Nonobstant le paragraphe 11(4), la requête en révision d'une ordonnance du registraire se fait ^h par une requête énonçant les moyens invoqués et doit être entendue dans les 20. jours de l'ordonnance.

(3) Unless otherwise ordered by the Registrar, a motion for a review of an order of the Registrar shall be served at least 5 clear days before the day fixed for the hearing of the motion.

(3) À moins que le registraire n'en ordonne ⁱ autrement, la requête en révision doit être signifiée au moins cinq jours francs avant le jour de son audition.

Fees to be Paid to Registrar

Honoraires dus au registraire

57. The fees payable to the Registrar are those set out in these Rules in Schedule A.

57. Les honoraires dus au registraire sont ceux ^j indiqués à l'annexe A des présentes règles.

Taxation of Costs

58. Unless otherwise ordered by the Court, costs in appeals or applications for leave or motions shall be taxed party and party pursuant to the tariff of fees contained in Schedule B.

Adjustment of Costs

59. In any proceeding in which by the order or direction of the Court or a Judge, a party entitled to receive costs is liable to pay costs to any other party, the Registrar

(a) may tax the costs such party is liable to pay and may adjust the same by way of deduction or set-off;

(b) may delay the allowance of the costs such party is entitled to receive until he has paid or tendered the costs he is liable to pay; or

(c) may allow or certify the costs to be paid and direct payment thereof, and the same may be recovered by the party entitled thereto, in the same manner as costs ordered to be paid may be recovered.

Objection to the Taxation of Costs

60. (1) Any person who objects to the taxation of a bill of costs may, within such time as the Registrar may fix either before or after the certificate of taxation is signed, file and serve an objection in writing specifying the item or parts objected to and the reasons therefor.

(2) Pending the consideration of an objection to the taxation of a bill of costs, the Registrar may issue a certificate of taxation for or on account of that part of the bill of costs to which no objection has been filed, and such further certificate of taxation as may be necessary shall be issued by the Registrar after his decision upon the objection.

(3) The Registrar shall reconsider his taxation upon an objection and he may receive further evidence in respect thereof.

Taxation des dépens

58. À moins d'une ordonnance contraire de la Cour, les dépens des pourvois, des requêtes en autorisation ou des autres requêtes sont taxés entre parties conformément au tarif des honoraires établi à l'annexe B.

Ajustement des dépens

59. Lorsqu'en vertu d'une ordonnance ou d'instructions de la Cour ou d'un juge, une partie qui a droit aux dépens est également tenue d'en payer à une autre partie, le registraire;

a) peut taxer les dépens que cette partie doit payer et les rajuster en faisant une déduction ou une compensation;

b) peut retarder l'adjudication des dépens auxquels cette partie a droit jusqu'à ce qu'elle ait payé ou offert de payer les dépens qu'elle doit;

c) peut adjuger ou taxer les dépens et en prescrire le paiement, et la partie qui y a droit peut les recouvrer de la même manière que les dépens dont le paiement a été ordonné.

Contestation de la taxation des dépens

60. (1) Dans le délai que peut fixer le registraire, avant ou après la signature du certificat de taxation, une personne qui conteste la taxation d'un mémoire de frais peut produire et signifier les motifs écrits de sa contestation en y précisant de façon concise le poste ou les parties de la taxation qu'elle conteste.

(2) En attendant l'examen de la contestation, le registraire peut délivrer un certificat de taxation pour la partie non contestée du mémoire de frais. Une fois qu'il a statué sur la contestation, le registraire doit délivrer le certificat de taxation approprié.

(3) Le registraire doit reconsidérer sa taxation en cas de contestation et il peut recevoir d'autres éléments de preuve à cet égard.

Production of Books

61. The Registrar may direct the production of such books, papers and documents as he considers necessary to tax costs.

Application to a Judge for Review

62. (1) Any party may, within such time as the Registrar may fix either before or after the certificate of taxation is signed, apply to a Judge for a review of a decision of the Registrar on an objection under Rule 60 and the Judge may make such order with respect to the item in dispute as he considers just.

(2) The certificate of taxation of the Registrar is final and conclusive as to all matters not objected to.

(3) A review by a Judge of a decision of the Registrar on an objection under Rule 60 shall be heard and determined upon the evidence that had been brought before the Registrar and no further evidence shall be received at the hearing unless the Judge otherwise directs.

(4) The costs in a review under this Rule shall be in the discretion of the Judge.

Payment of Money into Court

63. Money required to be paid into Court or to be deposited with the Registrar under paragraph 66(1)(b) of the Act shall be held in accordance with the requirements of the *Financial Administration Act*.

Approval of Security

64. (1) When approval of security is required and such security has been approved in the court appealed from, the order approving the security or a certified copy thereof shall be filed with the Registrar within the time prescribed by Rule 26(2) and the case shall be accompanied by a certificate under the seal of the court below stating that the appellant has given proper security to the satisfaction of the court whose judgment is appealed from, or a judge thereof, and setting forth the nature of the security.

Production de livres

61. Aux fins de la taxation des dépens, le registraire peut ordonner la production des livres, papiers et pièces qu'il estime nécessaires.

Requête en révision adressée à un juge

62. (1) Dans le délai que peut fixer le registraire, avant ou après la signature du certificat de taxation, une partie peut demander à un juge de réviser la décision du registraire sur une contestation faite en vertu de l'article 60; le juge peut alors rendre l'ordonnance qu'il estime juste relativement au poste contesté.

(2) Le certificat de taxation du registraire est définitif et exécutoire quant aux matières non contestées.

(3) Lorsqu'un juge est saisi d'une requête en révision de la décision du registraire en matière de contestation de taxation en vertu de l'article 60, il doit trancher la question selon la preuve déposée devant le registraire et aucune autre preuve n'est recevable à moins d'une ordonnance contraire du juge.

(4) Les dépens d'une révision en vertu du présent article sont laissés à la discrétion du juge.

Consignation en justice

63. Les sommes qui doivent être consignées à la Cour ou déposées auprès du registraire en vertu de l'alinéa 66(1)b) de la Loi, doivent être administrées conformément à la *Loi sur l'administration financière*.

Approbation du cautionnement

64. (1) Si l'approbation d'un cautionnement est requise et si ce dernier a été approuvé par la cour d'où vient le pourvoi, l'ordonnance d'approbation, ou une copie certifiée conforme, doit être déposée auprès du registraire dans le délai fixé au paragraphe 26(2). Le dossier doit être accompagné d'un certificat portant le sceau de la cour d'instance inférieure, déclarant que l'appelant a fourni un cautionnement approprié à la satisfaction de cette cour ou l'un de ses juges et indiquant la nature du cautionnement.

(2) A copy of any bond or other instrument by which security referred to in subsection (1) has been given shall be annexed to the certificate referred to in that subsection.

Payment of Money out of Court

65. (1) Money shall be paid out of Court upon a motion to the Registrar.

(2) A motion for payment out of Court shall be served upon the other party or parties.

(3) The Registrar, upon a motion referred to in subsection (1), may provide for the payment of all monies to counsel, his agent or the party who paid the security, or their successors.

(4) If counsel for any party, his agent, the party itself or their successors cannot be found, notice of a motion for payment out, in lieu of service under subsection (2), may be given by posting a copy thereof at the office of the Registrar not less than 28 days prior to the return of the motion.

Security and Interest

66. Interest as may be authorized pursuant to the *Financial Administration Act*, shall be paid on money deposited as security from the day of deposit until the day the money is paid out or until a day that is seven years from the day of the last proceeding in the appeal, whichever is the earlier day.

Registrar to Keep Necessary Records

67. All appropriate records of the proceedings in all suits and matters in the Court shall be kept in the office of the Registrar.

Practice Notes

68. The Registrar may issue practice notes as necessary to explain or clarify these Rules or the practice before the Court.

Special Notice Convening Court

69. The notice convening the Court pursuant to section 34 of the Act shall, pursuant to the directions of the Chief Justice or senior puisne Judge

(2) Est jointe au certificat mentionné au paragraphe (1) une copie de toute obligation ou de tout autre acte au moyen duquel le cautionnement a pu être fourni.

Remboursement par la Cour

65. (1) Les sommes que la Cour doit rembourser, le sont sur requête adressée au registraire.

(2) La requête en remboursement doit être signifiée aux autres parties.

(3) Lorsque le registraire est saisi d'une requête mentionnée au paragraphe (1), il peut prévoir le remboursement des sommes au procureur, à son correspondant ou à la partie qui a consigné le cautionnement, ou à leurs successeurs.

(4) Lorsque le procureur d'une partie, son correspondant, la partie elle-même ou leurs successeurs sont introuvables, au lieu de procéder à la signification prévue au paragraphe (2), avis de la requête en remboursement peut être donné par affichage au greffe d'une copie de la requête au moins 28 jours avant sa présentation.

Cautionnement et intérêt

66. Selon l'autorisation qui peut être accordée en vertu de la *Loi sur l'administration financière*, les sommes déposées à titre de cautionnement portent intérêt du jour du dépôt au jour du remboursement ou pendant un maximum de sept années après le jour des dernières procédures relatives au pourvoi, suivant le plus rapproché de deux.

Tenue des registres

67. Le registraire doit tenir tous les registres appropriés pour inscrire les procédures dans toutes les affaires dont la Cour est saisie.

Avis de pratique

68. Le registraire peut publier les avis de pratique qu'il estime nécessaires pour expliquer ou préciser les présentes règles ou la pratique devant la Cour.

Avis spécial de convocation de la Cour

69. Le Juge en chef ou le doyen des juges puînés présents peut, en vertu de l'article 34 de la Loi, convoquer la Cour à une date antérieure à celle

present, be published by the Registrar, as circumstances may require, for such time before the day appointed as the Chief Justice or senior puisne Judge may direct and shall be in Form H.

Transitional

70. (1) These Rules shall come into force on January 26, 1983 and subject to subsection (2) the Rules in effect on January 25, 1983 are revoked on the coming into force of these Rules.

(2) The Rules in force on the day prior to the day these Rules come into force shall continue to apply to proceedings commenced before the day these Rules come into force unless the parties agree to proceed in accordance with these Rules.

(3) Where in proceedings commenced before the day these Rules come into force, the parties agree to proceed in accordance with these Rules, the parties shall file a notice to that effect with the Clerk of Process.

SCHEDULE TO THE SUPREME COURT RULES

- Form A (R. 16)
- Form B (R. 22, 23.1)
- Form B.1 (R. 23)
- Form C (subs. 32(4))
- Form D (R. 33, 35)
- Form E (R. 33)
- Form F (R. 44)
- Form G (R. 44)
- Form G.1 (R. 46)
- Form H (R. 69)
- Schedule A (R. 48, 57)
- Schedule B (R. 58)

choisie auparavant en ordonnant la publication par le registraire d'un avis conforme à la formule H selon un mode adapté aux circonstances.

Dispositions transitoires

70. (1) Les présentes règles entrent en vigueur le 26 janvier 1983 et, sous réserve du paragraphe (2), les règles en vigueur le 25 janvier 1983 seront alors révoquées.

(2) Les règles en vigueur la veille du jour de l'entrée en vigueur des présentes règles continuent de s'appliquer aux procédures entamées jusqu'alors, à moins que les parties conviennent de suivre les présentes règles.

(3) Lorsque dans des procédures entamées avant l'entrée en vigueur des présentes règles les parties conviennent de suivre ces dernières, elles doivent produire un avis à cet effet au greffe.

ANNEXE AUX RÈGLES DE LA COUR SUPRÊME

- Formule A (art. 16)
- Formule B (art. 22, 23.1)
- Formule B.1 (art. 23)
- Formule C (par. 32(4))
- Formule D (art. 33, 35)
- Formule E (art. 33)
- Formule F (art. 44)
- Formule G (art. 44)
- Formule G.1 (art. 46)
- Formule H (art. 69)
- Annexe A (art. 48, 57)
- Annexe B (art. 58)

FORM "A"

(Rule 16)

IN THE SUPREME COURT OF CANADA

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF

BETWEEN

APPLICANT (Plaintiff)

—and—

RESPONDENT (Defendant)

AFFIDAVIT OF SERVICE

I, _____, Clerk of the City of _____, in the
County of _____ and Province of _____,
MAKE OATH AND SAY AS FOLLOWS:

THAT I did on the _____ day of _____,
19____ personally serve _____, a _____ of _____,
in the City of _____, with the annexed motion
by delivering to him a true copy thereof while at
the same time exhibiting the original.

SWORN TO BEFORE ME at the City of _____
in the County of _____ and Province
of _____ this _____ day of _____, 19____

A Commissioner of Oaths,

FORM "B"

(Rules 22 and 23.1)

FORM TO BE USED IN PREPARING
MOTIONS PURSUANT TO THE SUPREME
COURT ACT AND THE RULES OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

IN THE SUPREME COURT OF CANADA

(Appeal from the Court of Appeal for the Province
of _____)

FORMULE «A»

(article 16)

COUR SUPRÊME DU CANADA

a EN APPEL D'UN JUGEMENT DE LA COUR
D'APPEL DE

ENTRE

b

REQUÉRANT (demandeur)

—et—

c

INTIMÉ (défendeur)

AFFIDAVIT DE SIGNIFICATION

d Je, _____, huissier, de la ville _____, comté de
_____ province _____, DÉCLARE SOUS
SERMENT:

e Que le _____, jour de _____ 19____, j'ai per-
sonnellement signifié à (nom), (adresse et ville),
l'avis de requête ci-joint, lui en laissant une copie
certifiée tout en exhibant l'original.

f

ASSERMENTÉ DEVANT MOI à _____,
comté de _____, province _____ ce
jour de _____ 19____

g

Commissaire pour recevoir les serments.

h

FORMULE «B»

(articles 22 et 23.1)

FORMULE À UTILISER POUR LES REQUÊ-
TES PRÉSENTÉES EN VERTU DE LA LOI
SUR LA COUR SUPRÊME ET DES RÈGLES
DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA

COUR SUPRÊME DU CANADA

j (En appel d'un jugement de la Cour d'appel de la
province de _____)

(Herein insert the full style of cause in the manner prescribed in Rule 21 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*.)

(Inscrire ici l'intitulé complet de la cause de la façon prévue à l'article 21 des *Règles de la Cour suprême du Canada*.)

NOTICE OF MOTION

TAKE NOTICE that (the appellant, applicant or respondent or as the case may be) will apply to (this Court or the Rota Judge of this Court or the Registrar of this Court, as the case may be) at the hour of _____ o'clock on the _____ day of _____, 19____, pursuant to (here cite the section of the statute or the Rule pursuant to which the motion is made) for an order (herein insert the nature of the order or relief asked) or such further or other order that the said (Court, Judge or Registrar) may deem appropriate.

AND FURTHER TAKE NOTICE that the following documents will be referred to in support of such motion (here identify by description and date all documents to which it is intended to refer) and such further or other material at counsel may advise and may be permitted.

AND FURTHER TAKE NOTICE that the said motion shall be made on the following grounds: (here set out concisely and number each ground on which the motion is made).

Dated at (name of City, etc., and Province) this day of _____ 19____.

(Here type or write the name of counsel or firm authorizing the motion, together with their postal address and the name of the party represented.)

TO:—

THE REGISTRAR OF THIS COURT

AND TO:—

(The name and address of each person or firm to be served with this notice and the capacity in which the person or firm was served.)

NOTICE TO THE RESPONDENT TO A MOTION BEFORE THE COURT: A respondent may serve and file a reply to this motion at least 7 clear days before the hearing date.

AVIS DE REQUÊTE

VOUS ÊTES AVISÉ par les présentes que (l'appelant, le requérant, l'intimé ou autre selon le cas) s'adressera à (la Cour, un juge de service de la Cour ou au registraire de la Cour), à _____ heures, le (quantième) jour de (mois) 19____, en vertu de (indiquer l'article de la loi ou des présentes règles sur lequel se fonde la requête) pour obtenir une ordonnance (indiquer la nature de l'ordonnance ou du redressement demandé) ou toute autre ordonnance que (la Cour, le juge ou le registraire) peut juger appropriée.

VOUS ÊTES DE PLUS AVISÉ que seront invoqués à l'appui de cette requête (donner ici la description et la date de tous les documents qui seront invoqués) et tout autre document autorisé que le procureur jugera utile.

VOUS ÊTES DE PLUS AVISÉ que la requête se fonde sur les motifs suivants: (Indiquer ici de façon concise, par paragraphe numéroté, chacun des motifs sur lesquels se fonde la requête.)

FAIT à (nom de la ville et de la province), ce jour de _____ 19____.

(Inscrire ici à la main ou à la machine le nom du procureur ou de l'étude qui présente la requête et son adresse postale ainsi que le nom de la partie qu'il représente.)

AU:—

REGISTRAIRE DE LA COUR

ET À:—

(Inscrire les nom et adresse de chacune des personnes ou des études à qui l'avis doit être signifié et à quel titre il leur est signifié.)

AVIS À L'INTIMÉ DANS UNE REQUÊTE À LA COUR: L'intimé peut signifier et produire une réponse à cette requête au plus tard sept jours francs avant la date de l'audience.

FORM "B.1"

(Rule 23)

FORM TO BE USED IN PREPARING APPLICATIONS FOR LEAVE PURSUANT TO THE *SUPREME COURT ACT* AND THE *RULES OF THE SUPREME COURT OF CANADA*

IN THE SUPREME COURT OF CANADA

(Appeal from the Court of Appeal for the Province of)

(Herein insert the full style of cause in the manner prescribed in Rule 21 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*).

NOTICE OF APPLICATION FOR LEAVE

TAKE NOTICE that the applicant will apply for leave to this Court pursuant to (here cite the section of the statute or the Rule pursuant to which the application for leave is made) for an order (herein insert the nature of the order or relief asked) or such further or other order that the said Court may deem appropriate.

AND FURTHER TAKE NOTICE that the following documents will be referred to in support of such application for leave (here identify by description and date all documents to which it is intended to refer) and such further or other material as counsel may advise may be permitted.

AND FURTHER TAKE NOTICE that the said application for leave shall be made on the following grounds: (here set out concisely and number each ground on which the application is made).

Dated at (name of City, etc., and Province) this day of , 19 .

(Here type or write the name of counsel or firm authorizing the application for leave, together with their postal address and the name of the party represented.)

FORMULE «B.1»

(article 23)

FORMULE À UTILISER POUR LES REQUÊTES EN AUTORISATION PRÉSENTÉES EN VERTU DE LA *LOI SUR LA COUR SUPRÊME* ET DES *RÈGLES DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA*

COUR SUPRÊME DU CANADA

(En appel d'un jugement de la Cour d'appel de la province de)

(Inscrire ici l'intitulé complet de la cause de la façon prévue à l'article 21 des *Règles de la Cour suprême du Canada*.)

AVIS DE REQUÊTE EN AUTORISATION

VOUS ÊTES AVISÉ par les présentes que le requérant s'adressera à la Cour en vertu de (indiquer l'article de la loi ou des présentes règles sur lequel se fonde la requête en autorisation) pour obtenir une ordonnance (indiquer la nature de l'ordonnance ou du redressement demandé) ou toute autre ordonnance que la Cour peut juger appropriée.

VOUS ÊTES DE PLUS AVISÉ que seront invoqués à l'appui de cette requête en autorisation (donner ici la description et la date de tous les documents que le requérant entend invoquer) et tout autre document autorisé que le procureur jugera utile.

VOUS ÊTES DE PLUS AVISÉ que la requête en autorisation se fonde sur les motifs suivants: (Indiquer ici de façon concise, par paragraphe numéroté, chacun des motifs sur lesquels se fonde la requête.)

FAIT à (nom de la ville et de la province), ce jour de 19 .

(Inscrire ici à la main ou à la machine le nom du procureur ou de l'étude qui présente la requête en autorisation et son adresse postale ainsi que le nom de la partie qu'il représente.)

TO:
THE REGISTRAR OF THIS COURT:
AND TO:

(The name and address of each person or firm to be served with this notice and the capacity in which the person or firm was served).

NOTICE TO THE RESPONDENT: A respondent may serve and file a memorandum in reply to this application for leave within 20 clear days after service of the application. If no reply is filed in that time, the Registrar will submit this application for leave to the Court for consideration pursuant to section 45 of the *Supreme Court Act*.

FORM "C"

(Subsection 32(4))

FORM OF NOTICE OF INTERVENTION
RESPECTING A CONSTITUTIONAL
QUESTION

In the Supreme Court of Canada

, appellant v. , respondent

By order of the Chief Justice (or any other Judge), dated , giving notice of a constitutional question raised herein, the Attorney General of intends to intervene and

- (a) file a factum and not participate in oral argument; or
- (b) file a factum and participate in oral argument.

Dated at this day of 19 .
Counsel.

FORM "D"

(Rules 33, 35)

FORM OF CERTIFICATE AS TO CASE ON
APPEAL BY THE REGISTRAR OF THE
COURT APPEALED FROM

Name of Court appealed from

AU:
REGISTRAIRE DE LA COUR
ET À:

^a (Inscrire les nom et adresse de chacune des personnes ou des études à qui l'avis doit être signifié et à quel titre il leur est signifié.)

^b AVIS À L'INTIMÉ: L'intimé peut signifier et produire un mémoire en réponse à cette requête en autorisation au plus tard 20 jours francs après la signification de la requête. Si aucune réponse n'est produite dans ce délai, le registraire soumettra la requête en autorisation à la Cour pour qu'elle prenne les mesures voulues conformément à l'article 45 de la *Loi sur la Cour suprême*.

FORMULE «C»

(paragraphe 32(4))

FORMULE D'AVIS D'INTERVENTION
CONCERNANT UNE QUESTION
CONSTITUTIONNELLE

Cour suprême du Canada

, appellant c. , intimé

^f Par suite de l'ordonnance du Juge en chef (ou d'un autre juge), en date du , qui donne avis de la question constitutionnelle soulevée dans la présente affaire, le procureur général de a l'intention d'intervenir et selon le cas:

- ^g (a) de produire un mémoire sans plaider;
- (b) de produire un mémoire et de plaider.

^h Fait à , le 19 .
Le procureur.

FORMULE «D»

(articles 33, 35)

FORMULE D'ATTESTATION DU DOSSIER
ÉTABLIE PAR LE GREFFIER DE LA COUR
D'OÙ LE POURVOI EST INTERJETÉ

^j Nom de la cour d'où le pourvoi est interjeté

Style of Cause of court Appealed from without abbreviations.

I, the undersigned, Registrar of (here insert name of Court appealed from) DO HEREBY CERTIFY that the foregoing case in volume(s), being pages numbered one to (if applicable add—"which together with exhibits numbered and with respect to which exhibits the Registrar of the Supreme Court of Canada has dispensed with their printing and which exhibits are reproduced in a supplemental volume"—or as the case may be) is the case as settled by order of dated (or, "is the case agreed upon by the parties to the appeal, by their consent as to contents of case date ").

AND I DO FURTHER CERTIFY that all judgments and orders appearing therein have been settled and signed in the form in which they appear and where required entered, and that there are no recorded reasons for judgments other than those appearing in the said case. The hearing of the case required hour(s) and minute(s) of the sitting time of this Court.

IN TESTIMONY WHEREOF I have hereunto subscribed my hand and affixed the seal of the said (insert name of Court appealed from), this day of , A.D. 19 .

REGISTRAR

FORM "E"

(Rule 33)

CERTIFICATION OF COUNSEL ON CASE

I, hereby certify that I have closely examined the annexed print of the case in appeal to the Supreme Court of Canada and verily believe that the same is a true and correct reproduction of the originals of which they purport to be copies and that all reasonable methods have been taken to

Intitulé devant la cour d'où le pourvoi est interjeté, sans abréviations.

JE, soussigné, greffier de (insérer ici le nom de la cour d'où le pourvoi est interjeté) CERTIFIE PAR LES PRÉSENTES que le dossier en volume(s), soit les pages numérotées de un à , (le cas échéant ajouter «lequel avec les pièces les numéros et , à l'égard desquelles le registraire de la Cour suprême du Canada a accordé une dispense d'impression et lesquelles sont reproduites en un volume supplémentaire» «—ou autre explication») constitue le dossier déterminé par une ordonnance de en date du (ou «constitue le dossier dont les parties à l'appel ont convenu, en s'entendant sur son contenu en date du »).

JE CERTIFIE, EN OUTRE, que tous les jugements et ordonnances y figurant ont été déterminés et signés en la forme où on les trouve et, au besoin, enregistrés, et qu'il n'existe pas de motifs de jugement autres que ceux qui figurent au dossier. L'audition de la cause a demandé heure(s) et minute(s) du temps dont dispose cette cour pour les audiences.

EN FOI DE QUOI j'ai souscrit mon nom aux présentes et y si apposé le sceau de ladite (insérer le nom de la cour d'où le pourvoi est interjeté), ce jour de 19 .

LE GREFFIER

FORMULE «E»

(article 33)

ATTESTATION DU PROCUREUR AU DOSSIER

Je, certifie par les présentes que j'ai attentivement examiné le texte imprimé ci-annexé du dossier produit en Cour suprême du Canada, et je suis convaincu que ce texte est une reproduction fidèle et exacte des originaux dont les textes en question sont censés constituer des copies, qu'on a

attain that end and that the same has been proofread.

employé tous les moyens raisonnables pour atteindre ce but et qu'on en a fait la correction sur épreuves.

signed

A counsel for the Appellant
(or his Ottawa agent).

Le procureur de l'appelant
(ou son correspondant à Ottawa)
(Signature)

FORM "F"
(Rule 44)

FORMULE «F»
(article 44)

FORM TO BE USED FOR INSCRIPTION IN
THE SUPREME COURT OF CANADA

FORMULE D'INSCRIPTION
COUR SUPRÊME DU CANADA

and

et

Required the inscription of the above cause for hearing at the ensuing sitting of this Court at Ottawa, on the day of 19

Est requise l'inscription de cette cause pour audition à la prochaine session de la Cour à Ottawa, le jour de 19

Dated this day of A.D. 19

Fait ce jour de 19

FORM "G"
(Rule 44)

FORMULE «G»
(article 44)

FORM OF NOTICE OF HEARING

AVIS D'AUDITION

In the Supreme Court of Canada
, appellant v. , respondent

Cour suprême du Canada
appelant c. , intimé

Take notice that this appeal has been set down for hearing at the sitting of this Court, to be held in Ottawa, commencing , the day of , 19

Vous êtes avisé que le présent pourvoi a été inscrit pour audition lors de la prochaine session de la Cour, qui débutera dans la ville d'Ottawa, le jour de , 19

Dated at this day of 19

Fait à ce jour de 19

Appellant's counsel
or appellant in person

Le procureur de l'appelant
ou l'appelant en personne

TO: or , his counsel.
TO: The Registrar of This Honourable Court.

À: ou son procureur
AU: Registraire de cette honorable Cour.

FORM "G.1"

(Rule 46)

SUPREME COURT OF CANADA
NOTICE OF DEPOSIT OF JUDGMENT

, appellant (or applicant) v.
respondent

TAKE NOTICE that on the day of ,
19 , the Court delivered judgment in this case
by depositing judgment with the Registrar pursu-
ant to paragraph 26(1)(b) of the *Supreme Court*
Act.

FORMULE «G.1»

(article 46)

COUR SUPRÊME DU CANADA
AVIS DE DÉPÔT DU JUGEMENT

, appellant (ou requérant) c.
intimé

Vous êtes avisé que le jour de
19 , la Cour a rendu jugement dans cette
affaire en déposant le jugement auprès du regis-
traire en déposant le jugement auprès du regis-
traire en application de l'alinéa 26(1)b) de la *Loi*
sur la Cour suprême.

Registrar

Dated this day of , 19 .

e Registraire

Fait ce jour de , 19 .

FORM "H"

(Rule 69)

SUPREME COURT OF CANADA
SPECIAL SESSION

The Supreme Court of Canada will hold a spe-
cial session at the City of Ottawa on the day
of 19 , for the purpose of hearing
causes and disposing of such other business as may
be brought before the court (or for the purpose of
hearing election appeals, criminal appeals, or
appeals in cases of habeas corpus, or for the
purpose of giving judgments only, as the case may
be).

By order of the Chief Justice, or by order of
Justice

(signed) ,

Registrar

Dated this day of 19 .

FORMULE «H»

(article 69)

COUR SUPRÊME DU CANADA
SESSION SPÉCIALE

La Cour suprême tiendra une session spéciale
dans la ville d'Ottawa le jour de
19 , pour l'audition des causes et l'expédition
des autres affaires qui peuvent être portées devant
elle (ou pour l'audition d'appels en matière d'élec-
tion, ou de pourvois en matière criminelle ou d'*ha-
beas corpus*, ou pour rendre jugement seulement,
selon le cas).

Par ordre du Juge en chef ou du juge

Le registraire

(signature)

Fait ce jour de 19 .

SCHEDULE "A"
(Rules 48, 57)

ANNEXE «A»
(articles 48, 57)

TARIFF OF FEES TO BE PAID TO THE REGISTRAR OF THE SUPREME COURT OF CANADA

TARIF DES HONORAIRES DUS AU REGISTRAIRE DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA

- 1. On filing any document that commences a proceeding..... \$ 30

- 1. Pour la production de tout document introductif d'instance..... 30 \$

The Registrar may, in special circumstances, excuse a party from paying this fee.

Le registraire peut, dans des circonstances spéciales, dispenser une partie du paiement de ces frais.

Where a proceeding is commenced by the filing of a notice of appeal accompanied by a notice of motion for leave to appeal *in forma pauperis*, the payment of this fee shall be deferred until the outcome of such motion. This fee is not payable with respect to a notice of cross-appeal.

Lorsqu'une instance est introduite par le dépôt d'un avis de pourvoi accompagné d'un avis de requête en autorisation de pourvoi *in forma pauperis* le paiement de ces frais doit être différé jusqu'à l'issue de la requête. Rien n'est exigible pour un avis de pourvoi incident.

NOTE: Item 1 includes all fees up to and including the hearing or rehearing of the appeal on the merits and, in the case of discontinuance before hearing, includes the fee for the taxation of costs referred to in item 2.

NOTE: Le poste 1 comprend tous les frais jusqu'à l'audition ou la nouvelle audition du pourvoi au fond et, dans le cas d'un désistement avant l'audition, comprend les frais de taxation des dépenses, visés au poste 2.

- 2. On taxation of costs, after a judgment disposing of the appeal, application for leave or motion 30

- 2. Pour la taxation des dépens, après un jugement statuant sur le pourvoi, la requête en autorisation ou une autre requête..... 30

NOTE: Item 2 shall include all fees on settling judgment, taxation, certificate of taxation and one copy of the judgments for the courts below.

NOTE: Le poste 2 comprend tous les honoraires de détermination de jugement, taxation, certificat de taxation, ainsi qu'une copie des jugements pour les tribunaux d'instance inférieurs.

- 3. (a) For drawing certificate and certifying any copy of any judgment or order when required at the time issued..... 3

- 3. (a) Pour dresser le certificat et attester toute copie de jugement ou d'ordonnance lorsque la demande en est faite au moment où ils sont rendus 3

- (b) When such certificate is requested thereafter (including search) 5

- (b) Lorsque ce certificat est demandé plus tard (frais de recherches compris) 5

- 4. When certificate of the Registrar is requested certifying as to the state of proceedings or that there are no proceedings in any matter (including search). 10

- 4. Pour le certificat du registraire attestant l'état des procédures ou l'absence de procédures dans une affaire (frais de recherches compris) 10

- 5. For each typed copy of any document, paper, or proceeding, or any extract therefrom per folio20

- 5. Pour chaque copie dactylographiée de document, acte ou pièce de procédure, ou tout extrait, le folio.. .20

- 6. For each copy of reasons for judgment..... 5

- 6. Pour chaque copie des motifs de jugement 5

- 7. For the annual subscription to Court bulletin 100
- or at the beginning of each session 40
- or each copy 5

- 7. Pour l'abonnement au bulletin de la Cour, un versement annuel de 100
- ou un versement au début de chaque session de 40
- ou par numéro..... 5

SCHEDULE "B"
(Rule 58)

TARIFF OF FEES

To be taxed between party and party in the Supreme Court of Canada:

1. On stated case required by section 67 of the Act when prepared and agreed upon by the parties to the cause, including attendance on the judge to settle the same, if necessary, to each party	\$ 50
Subject to be increased by order of the Registrar.	
2. Notice of appeal	20
3. On consent to appeal directly to the Supreme Court from the Court of original jurisdiction	10
4. Notice of giving security	5
5. Attendance on giving security	10
6. On motion to allow security at the discretion of the Registrar	30
7. On all motions before the Court	350
Subject to be increased by order of the Registrar.	
8. On preparation of memorandum of argument on motions before the Court at the discretion of the Registrar up to	150
9. Upon <i>ex parte</i> or uncontested motions before the Registrar, including affidavits, etc.	25
Subject to be increased in the discretion of the Registrar to a sum not exceeding	
	50
10. Upon motion before the Registrar contested in substance, including affidavits, etc.	50
Subject to be increased in the discretion of the Registrar in special circumstance to a sum not exceeding	
	100
11. Upon motion before a Judge, including affidavits, etc.	75
Subject to be increased in the discretion of the Registrar.	
12. Upon any abandoned motion, whether or not the same has been set down for hearing, one-half the minimum fee provided for by this tariff for such motion, but not in any event to exceed the sum of .	25
13. On factum, including preparation for appeal in the discretion of the Registrar to.	350
Subject to be increased by order of the Registrar.	

ANNEXE «B»
(article 58)

TARIF D'HONORAIRES

Taxables entre parties devant la Cour suprême du Canada:

1. Pour l'exposé de cause aux termes de l'article 67 de la Loi lorsqu'il est rédigé et agréé par les parties, y compris la vacation auprès du juge en vue de le déterminer, au besoin, pour chaque partie	50 \$
Sous réserve d'augmentation par ordonnance du registraire.	
2. Avis de pourvoi	20
3. Pour le consentement à un pourvoi direct du tribunal de première instance à la Cour suprême	10
4. Avis de cautionnement	5
5. Vacation pour fournir le cautionnement	10
6. Pour la requête en acceptation de cautionnement, à la discrétion du registraire	30
7. Pour toute requête devant la Cour	350
Sous réserve d'augmentation par ordonnance du registraire.	
8. Pour la rédaction du mémoire accompagnant les requêtes devant la Cour, à la discrétion du registraire, jusqu'à un maximum de	150
9. Pour une requête <i>ex parte</i> ou non contestée devant le registraire, y compris les affidavits, etc.	25
Sous réserve d'augmentation à la discrétion du registraire, jusqu'à un maximum de	
	50
10. Pour une requête contestée au fond devant le registraire, y compris les affidavits, etc.	50
Sous réserve d'augmentation dans les circonstances spéciales, à la discrétion du registraire, jusqu'à un maximum de	
	100
11. Pour une requête devant un juge, y compris les affidavits, etc.	75
Sous réserve d'augmentation, à la discrétion du registraire.	
12. Pour toute requête abandonnée, inscrite ou non pour audition, la moitié des honoraires minimums prévus par le présent tarif pour une telle requête, sans jamais excéder la somme de	25
13. Pour les mémoires, y compris la rédaction aux fins du pourvoi à la discrétion du registraire, jusqu'à	350
Sous réserve d'augmentation par ordonnance du registraire.	

14. For engrossing for printer copy of case as settled, when such engrossed copy is necessarily and properly required, per folio of 100 words.....	.20	14. Pour grossoyer, à l'usage de l'imprimeur, la copie du dossier déterminé, lorsque ladite copie grossoyée est réellement et strictement nécessaire, le folio de 100 mots20
15. For correcting and superintending printing, per folio of 100 words10	15. Pour la correction et la surveillance de l'impression, le folio de 100 mots10
16. For printing of authorities, per page.....	.20	16. Pour l'impression des arrêts et ouvrages, par page ..	.20
17. Counsel fee on the cross-examination of a deponent under Rule 20, in the discretion of the Registrar to	\$ 100	17. Honoraires de procureur pour le contre-interrogatoire du déclarant selon la règle 20, à la discrétion du registraire, jusqu'à.....	100 \$
Subject to be increased in special circumstances by order of the Registrar.		Sous réserve d'augmentation dans des circonstances spéciales, par ordonnance du registraire.	
18. Allowance to counsel when case is discontinued at any time after deposit of security but before the hearing of appeal	100	18. Allocation au procureur en cas de désistement après le dépôt du cautionnement mais avant l'audition de l'appel	100
Subject to be increased in special circumstances by order of the Registrar.		Sous réserve d'augmentation, dans des circonstances spéciales, par ordonnance du registraire.	
19. Allowance to cover all fees to counsel for the hearing of the appeal, in the discretion of the Registrar to	1,200	19. Allocation devant englober tous les honoraires du procureur pour l'audition du pourvoi, à la discrétion du registraire, jusqu'à.....	1 200
Subject to be increased by order of the Registrar.		Sous réserve d'augmentation par ordonnance du registraire.	
20. On printing factums, the same fees as in printing the case.		20. Pour l'impression des mémoires, les mêmes honoraires que pour l'impression du dossier.	
21. Besides the Registrar's fees, reasonable charges for postage, courier services and disbursements, including travelling expenses, necessarily incurred in proceedings before the Court will be taxed by the taxing officer.		21. Outre les honoraires du registraire, le fonctionnaire taxateur fixera les frais raisonnables d'affranchissement, de messagerie et les débours, y compris les frais de déplacement nécessairement occasionnés par les procédures devant la Cour.	
22. For attendance of counsel to hear judgment	25	22. Pour vacation du procureur pour le prononcé du jugement	25
22A. For attendance on taxation	25	22A. Pour la vacation pour la taxation	25
23. Allowance to the duly entered agent in any appeal in the discretion of the Registrar to	75	23. Allocation au correspondant dûment inscrit dans un pourvoi, à la discrétion du registraire, jusqu'à	75
Subject to be increased in the discretion of the Registrar to a sum not exceeding	200	Sous réserve d'augmentation à la discrétion du registraire, jusqu'à un maximum de	200
In cases where the counsel on the record reside in the National Capital Region, they shall be entitled to one-half of this allowance.		Lorsque les procureurs au dossier résident dans la région de la Capitale nationale, ils ont droit à la moitié de cette allocation.	
24. Upon the settling of judgment to	20	24. Pour la détermination d'un jugement, jusqu'à.....	20
Subject to be increased in the discretion of the Registrar when the same is contested in a matter of the substance to a sum not exceeding	50	Sous réserve d'augmentation, à la discrétion du registraire, quand il y a contestation sur une question de fond jusqu'à un maximum de	50
25. Upon an application for review from the Registrar to a Judge	50	25. Pour une révision d'une décision du registraire par un Juge	50
Subject to be increased by the Registrar.		Sous réserve d'augmentation par le registraire.	



*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, 1988 Vol. 2

4^e cahier, 1988 Vol. 2

Cited as [1988] 2 S.C.R. 385-593

Renvoi [1988] 2 R.C.S. 385-593

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

Deputy Registrar & Chief Law Editor
ANNE ROLAND, L.L.L.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretary
CAROLE LOISELLE

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, 1988.

CONTENTS

Petrashuyk v. Law Society of Alberta 385

Barristers and solicitors — Compensation fund — Client claiming compensation after being defrauded by lawyer — Whether Law Society has discretion to deny *in toto* a claim when claimant has met the statutory prerequisites — *Mandamus*.

R. v. Beare; R. v. Higgins 387

Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Fingerprinting after person charged but prior to conviction — Whether or not right to liberty infringed — Whether or not principles of fundamental justice infringed — If section 7 infringed, whether or not infringement justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 9, 10, 11(c), (d) — Constitution Act, 1982, s. 52(1) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 453.3(3), 455.5(5) — Identification of Criminals Act, R.S.C. 1970, c. I-1, s. 2.

Criminal law — Fingerprinting after person charged but prior to conviction — Whether or not right to liberty infringed — Whether or not principles of fundamental justice infringed — If section 7 infringed, whether or not infringement justified under s. 1.

Continued on next page

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

Registraire adjoint & Arrêviste en chef
ANNE ROLAND, L.L.L.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Révis
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secrétaire
CAROLE LOISELLE

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, 1988.

SOMMAIRE

Petrashuyk c. Law Society of Alberta 385

Avocats et procureurs — Fonds d'indemnisation — Demande d'indemnisation d'un client fraudé par son avocat — Le barreau a-t-il le pouvoir discrétionnaire de rejeter complètement une demande lorsque le requérant a rempli toutes les conditions préalables fixées par la loi? — *Mandamus*.

R. c. Beare; R. c. Higgins 387

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — Prise des empreintes digitales d'un accusé avant qu'il soit reconnu coupable — Y a-t-il atteinte au droit à la liberté? — Y a-t-il violation de principes de justice fondamentale? — S'il y a violation de l'art. 7, est-elle justifiée en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 9, 10, 11c), d) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1) — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 453.3(3), 455.5(5) — Loi sur l'identification des criminels, S.R.C. 1970, chap. I-1, art. 2.

Droit criminel — Prise des empreintes digitales d'un accusé avant qu'il soit reconnu coupable — Y a-t-il atteinte au droit à la liberté? — Y a-t-il violation des principes de justice fondamentale? — S'il y a violation de l'art. 7, est-elle justifiée en vertu de l'article premier?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

R. v. Dymont 417

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Doctor taking blood sample from emergency patient without his consent or knowledge — Blood sample taken for medical purposes but given to police officer — Analysis of blood sample used to secure conviction of impaired driving — No legal requirement at the time for person to give police blood sample — Whether or not the taking of blood sample by police amounted to seizure under s. 8 of the Charter — Whether or not such taking was unreasonable — Whether or not evidence of blood analysis should be under s. 24(2) of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 236, 237(2).

R. v. Jacoy 548

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Customs searches — Accused stopped and searched at customs following R.C.M.P.'s information that he was attempting to import narcotics — Narcotics found on accused following frisk search conducted by customs officers — Whether accused detained and having right to counsel under s. 10(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether search unreasonable under s. 8 of the Charter — Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, ss. 143, 144.

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Narcotics found on accused following frisk search conducted by customs officers — Accused's right to counsel infringed — Whether admission of evidence of narcotics would bring the administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. v. Schwartz 443

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Gun control — Reverse onus with respect to proof of registration certificate for restricted weapon — Whether reverse onus infringing presumption of innocence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 89(1)(a), (b), 106.7(1), (2).

Criminal law — Gun control — Registration certificate for restricted weapon — Owner of weapon required to prove possession of certificate — Whether reverse onus infringing presumption of innocence guaranteed by Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 89(1)(a), (b), 106.7(1), (2).

Courts — Jurisdiction — Appeal from summary conviction appeal court — Jurisdiction of Court of Appeal.

R. v. Simmons 495

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Customs searches — Narcotics found on accused following strip search conducted by customs officers — Whether accused detained and having right to counsel under s. 10(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether right to counsel was subject to a reasonable limit prescribed by law justifiable under s. 1 of the Charter — Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, ss. 143, 144.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

R. c. Dymont 417

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille ou saisie abusive — Prélèvement d'un échantillon de sang par un médecin sur un patient à l'urgence sans son consentement ou sans qu'il en ait connaissance — Échantillon de sang prélevé à des fins médicales, mais remis à un agent de police — Utilisation de l'analyse de l'échantillon de sang pour obtenir une déclaration de culpabilité pour conduire avec facultés affaiblies — Aucune obligation légale à l'époque de fournir un échantillon de sang à un agent de police — La prise de possession de l'échantillon de sang par la police constitue-t-elle une saisie selon l'art. 8 de la Charte? — Cette prise de possession était-elle abusive? — La preuve de l'analyse de sang devrait-elle être écartée en vertu de l'art. 24(2) de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2) — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 236, 237(2).

R. c. Jacoy 548

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Fouilles aux douanes — Accusé retenu et fouillé aux douanes à la suite d'une dénonciation de la G.R.C. portant qu'il tentait d'importer des stupéfiants — Découverte de stupéfiants sur l'accusé à la suite d'une fouille par palpation effectuée par des agents des douanes — L'accusé a-t-il été détenu et avait-il droit à l'assistance d'un avocat en vertu de l'art. 10(b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — La fouille était-elle abusive au sens de l'art. 8 de la Charte? — Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40, art. 143, 144.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Découverte de stupéfiants sur l'accusé à la suite d'une fouille par palpation effectuée par des agents des douanes — Violation du droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat — L'utilisation des stupéfiants comme éléments de preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. c. Schwartz 443

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Contrôle des armes à feu — Inversion de la charge de la preuve de l'existence d'un certificat d'enregistrement pour une arme à autorisation restreinte — L'inversion de la charge de la preuve porte-t-elle atteinte à la présomption d'innocence? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11(d) — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 89(1)(a), (b), 106.7(1), (2).

Droit criminel — Contrôle des armes à feu — Certificat d'enregistrement pour une arme à autorisation restreinte — Le propriétaire d'une arme est tenu de prouver qu'il est titulaire d'un certificat — L'inversion de la charge de la preuve porte-t-elle atteinte à la présomption d'innocence garantie par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11(d) — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 89(1)(a), (b), 106.7(1), (2).

Tribunaux — Compétence — Appel contre une décision d'un tribunal d'appel des déclarations sommaires de culpabilité — Compétence de la Cour d'appel.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Customs searches — Whether the personal search provisions in the Customs Act inconsistent with s. 8 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether right against unreasonable search and seizure was subject to a reasonable limit prescribed by law justifiable under s. 1 of the Charter — Whether search conducted in a reasonable manner — Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, ss. 143, 144.

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Narcotics found on accused following strip search conducted by customs officers — Accused's right to counsel infringed — Whether admission of evidence of narcotics would bring the administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

Customs and excise — Customs searches — Narcotics found on accused following strip search conducted by customs officers — Whether the personal search provisions in the Customs Act inconsistent with s. 8 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, ss. 143, 144.

Evidence — Admissibility — Bringing administration of justice into disrepute — Narcotics found on accused following strip search conducted by customs officers — Accused's right to counsel infringed — Whether admission of evidence of narcotics would bring the administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

TWU v. British Columbia Telephone Co. 564

Judicial review — Jurisdiction to review — Consensual labour arbitration — Arbitrator ordering employees rehired after dismissal for wrongful conduct during strike — Whether arbitrator erred in law — If so, whether error jurisdictional in nature and subject to judicial review — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 107(2), 184(3)(a)(vi), as amended.

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Simmons 495

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Fouilles aux douanes — Découverte de stupéfiants sur la personne de l'accusée à la suite d'une fouille à nu effectuée par des agents des douanes — L'accusée a-t-elle été détenue et avait-elle droit à l'assistance d'un avocat en vertu de l'art. 10b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, le droit à l'assistance d'un avocat était-il restreint par une règle de droit dans des limites raisonnables dont la justification pouvait se démontrer conformément à l'article premier de la Charte? — Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40, art. 143, 144.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille et saisie abusives — Fouilles aux douanes — Les dispositions de la Loi sur les douanes relatives aux fouilles personnelles sont-elles incompatibles avec l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives était-il restreint par une règle de droit dans des limites raisonnables dont la justification pouvait se démontrer conformément à l'article premier de la Charte? — La fouille a-t-elle été effectuée de manière raisonnable? — Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40, art. 143, 144.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Découverte de stupéfiants sur la personne de l'accusée à la suite d'une fouille à nu effectuée par des agents des douanes — Violation du droit que possédait l'accusée de recourir à l'assistance d'un avocat — L'utilisation en preuve des stupéfiants serait-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

Douanes et accise — Fouilles aux douanes — Découverte de stupéfiants sur la personne de l'accusée à la suite d'une fouille à nu effectuée par des agents des douanes — Les dispositions de la Loi sur les douanes relatives aux fouilles personnelles sont-elles incompatibles avec l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40, art. 143, 144.

Preuve — Admissibilité — Déconsidération de l'administration de la justice — Découverte de stupéfiants sur la personne de l'accusée à la suite d'une fouille à nu effectuée par des agents des douanes — Violation du droit que possédait l'accusée de recourir à l'assistance d'un avocat — L'utilisation en preuve des stupéfiants serait-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

STT c. British Columbia Telephone Co. 564

Contrôle judiciaire — Pouvoir de contrôle — Arbitrage consensuel — L'arbitre a ordonné le retour au travail des employés congédiés pour inconduite pendant la grève — L'arbitre a-t-il commis une erreur de droit? — Dans l'affirmative, l'erreur touche-t-elle à la compétence et est-elle sujette au contrôle judiciaire? — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 107(2), 184(3)a)(vi), et modifications.

John Petrashuyk *Appellant*

v.

The Law Society of Alberta *Respondent*

INDEX AS: PETRASHUYK v. LAW SOCIETY OF ALBERTA

File No.: 19230.

1988: November 28.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Barristers and solicitors — Compensation fund — Client claiming compensation after being defrauded by lawyer — Whether Law Society has discretion to deny in toto a claim when claimant has met the statutory prerequisites — Mandamus.

Held (Lamer and La Forest JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1984), 35 Alta. L.R. (2d) 259, 58 A.R. 94, 16 D.L.R. (4th) 22, [1985] 2 W.W.R. 549, 10 Admin. L.R. 117, allowing the appeal of the Law Society of Alberta from a judgment of Bracco J. (1983), 29 Alta. L.R. (2d) 251, 50 A.R. 386, 5 D.L.R. (4th) 592, [1984] 2 W.W.R. 530, 7 Admin. L.R. 37, 41 C.P.C. 279, granting an order of mandamus against the Benchers of the Law Society of Alberta. Appeal allowed, Lamer and La Forest JJ. dissenting.

Nestor Makuch, for the appellant.

Peter M. Owen, Q.C., and *Dan Carroll*, for the respondent.

The following is the judgment delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—The Court is ready to deliver judgment, and judgment will be delivered by my brother Lamer J.

LAMER J.—The majority of the Court is in substantial agreement with the reasons of

John Petrashuyk *Appelant*

c.

The Law Society of Alberta *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: PETRASHUYK c. LAW SOCIETY OF ALBERTA

N° du greffe: 19230.

b

1988: 28 novembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

c

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

Avocats et procureurs — Fonds d'indemnisation — Demande d'indemnisation d'un client fraudé par son avocat — Le barreau a-t-il le pouvoir discrétionnaire de rejeter complètement une demande lorsque le requérant a rempli toutes les conditions préalables fixées par la loi? — Mandamus.

d

Arrêt (les juges Lamer et La Forest sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

e

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1984), 35 Alta. L.R. (2d) 259, 58 A.R. 94, 16 D.L.R. (4th) 22, [1985] 2 W.W.R. 549, 10 Admin. L.R. 117, qui a accueilli l'appel interjeté par la Law Society of Alberta contre le jugement du juge Bracco (1983), 29 Alta. L.R. (2d) 251, 50 A.R. 386, 5 D.L.R. (4th) 592, [1984] 2 W.W.R. 530, 7 Admin. L.R. 37, 41 C.P.C. 279, qui avait accordé un *mandamus* contre les membres du conseil de la Law Society of Alberta. Pourvoi accueilli, les juges Lamer et La Forest sont dissidents.

f

Nestor Makuch, pour l'appelant.

Peter M. Owen, c.r., et *Dan Carroll*, pour l'intimée.

g

Version française du jugement rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF—La Cour est prête à rendre jugement par la voix de mon collègue le juge Lamer.

h

LE JUGE LAMER—La majorité de la Cour est d'accord en substance avec les motifs du juge

Bracco J., would allow the appeal with costs and restore his order in the nature of mandamus.

Justice Lamer and Justice La Forest, dissenting, are in substantial agreement with the reasons of the Court of Appeal of Alberta and would dismiss this appeal without costs.

The appeal is accordingly allowed with costs, and Bracco J.'s order is restored, Justices Lamer and La Forest, dissenting.

Appeal allowed with costs, LAMER and LA FOREST JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Wheatley Sadownik, Edmonton.

Solicitors for the respondent: Field & Field, Edmonton.

Bracco et, partant, est d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens et de rétablir son ordonnance de *mandamus*.

^a Le juge Lamer et le juge La Forest, dissidents, sont d'accord en substance avec les motifs de la Cour d'appel de l'Alberta et aurait rejeté le pourvoi sans dépens.

^b Le pourvoi est par conséquent accueilli avec dépens, l'ordonnance du juge Bracco est rétablie, les juges Lamer et La Forest sont dissidents.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges LAMER et LA FOREST sont dissidents.

^c *Procureurs de l'appellant: Wheatley Sadownik, Edmonton.*

Procureurs de l'intimée: Field & Field, Edmonton.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Claude R. Beare *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General for Alberta and the Canadian Association of Chiefs of Police *Interveners*

and

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Frederick G. Higgins *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General for Alberta and the Canadian Association of Chiefs of Police *Interveners*

INDEXED AS: R. v. BEARE; R. v. HIGGINS

File No.: 20384.

Hearing and judgment rendered: 1987: December 16, 17.

Reasons delivered: 1988: December 1.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Fingerprinting after person charged but prior to conviction — Whether or not right to liberty infringed — Whether or not principles of fundamental justice infringed — If section 7 infringed, whether or not infringement justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 9, 10, 11(c), (d) — Constitution Act, 1982, s. 52(1) — Criminal

*Estey and Le Dain JJ. joined in the judgment of December 17, 1987, but took no part in this judgment.

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

Claude R. Beare *Intimé*

^a

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général du Manitoba, le procureur général de l'Alberta et l'Association canadienne des chefs de police *Intervenants*

^b

et

^c

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

Frederick G. Higgins *Intimé*

^d

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général du Manitoba, le procureur général de l'Alberta et l'Association canadienne des chefs de police *Intervenants*

^e

RÉPERTORIÉ: R. c. BEARE; R. c. HIGGINS

^f

N° du greffe: 20384.

Audition et jugement: 1987: 16, 17 décembre.

^g Motifs déposés: 1988: 1^{er} décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey* McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

^h EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — Prise des empreintes digitales d'un accusé avant qu'il soit reconnu coupable — Y a-t-il atteinte au droit à la liberté? — Y a-t-il violation de principes de justice fondamentale? — S'il y a violation de l'art. 7, est-elle justifiée en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 9, 10, 11(c), (d) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1)

* Les juges Estey et Le Dain ont pris part au jugement du 17 décembre 1987, mais n'ont pas pris part au présent jugement.

Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 453.3(3), 455.5(5) — Identification of Criminals Act, R.S.C. 1970, c. I-1, s. 2.

Criminal law — Fingerprinting after person charged but prior to conviction — Whether or not right to liberty infringed — Whether or not principles of fundamental justice infringed — If section 7 infringed, whether or not infringement justified under s. 1.

Respondents Beare and Higgins were charged with separate criminal offences and were served respectively with an appearance notice and a summons requiring attendance at R.C.M.P. offices to be fingerprinted under the *Identification of Criminals Act*. Section 2 of that Act provided for the fingerprinting of a person in lawful custody and ss. 453.3(3) and 455.5(5) of the *Criminal Code* required an appearance and deemed a person so appearing to be in lawful custody charged with an indictable offence. Neither respondent attended at the R.C.M.P. offices as required. The requirement that appearances be made for fingerprinting following charge but before conviction was unsuccessfully challenged on separate motions but the appeals, which were heard together, were allowed. The constitutional questions before this Court queried whether or not s. 2 of the *Identification of Criminals Act* and ss. 453.3(3) or s. 455.5(5) of the *Criminal Code*, to the extent that they provided for the fingerprinting of a person charged with but not convicted of an indictable offence, infringed s. 7 of the *Charter*, and if so, whether or not such infringement was justified by s. 1. Sections 8, 9, 10 and 11(c) and (d) of the *Charter* were also relied on.

Held: The appeal should be allowed. The first constitutional question should be answered in the negative in respect of each case; it was not necessary to consider the second.

Fingerprinting, while an invaluable tool of criminal investigation, serves a wide variety of purposes not all confined to the criminal justice system and the judicial process. Sections 453.3(3) and 455.5(5) are not simple expansions of the authority to take fingerprints and photographs but rather integral parts of a larger scheme aimed at reducing the number of persons who are arrested and taken into custody.

The impugned provisions infringe the rights guaranteed by s. 7 because they require a person to appear at a

— Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 453.3(3), 455.5(5) — Loi sur l'identification des criminels, S.R.C. 1970, chap. I-1, art. 2.

Droit criminel — Prise des empreintes digitales d'un accusé avant qu'il soit reconnu coupable — Y a-t-il atteinte au droit à la liberté? — Y a-t-il violation des principes de justice fondamentale? — S'il y a violation de l'art. 7, est-elle justifiée en vertu de l'article premier?

Les intimés Beare et Higgins ont été inculpés d'infractions criminelles distinctes et ont reçu signification respectivement d'une citation à comparaître et d'une sommation leur ordonnant de se présenter aux bureaux de la G.R.C. pour que soient prises leurs empreintes digitales en vertu de la *Loi sur l'identification des criminels*. L'article 2 de cette loi prévoit la prise des empreintes digitales d'une personne légalement sous garde et les par. 453.3(3) et 455.5(5) du *Code criminel*, qui prévoient la comparution, prévoient aussi qu'une personne qui comparait ainsi est censée être une personne légalement sous garde qui est accusée d'un acte criminel. Ni l'un ni l'autre des intimés ne s'est présenté aux bureaux de la G.R.C. comme requis. L'obligation de comparaître pour la prise d'empreintes digitales après l'arrestation mais avant la déclaration de culpabilité a été contestée sans succès dans des demandes distinctes mais les appels, qui ont été entendus ensemble, ont été accueillis. Cette Cour est saisie de questions constitutionnelles visant à déterminer si l'art. 2 de la *Loi sur l'identification des criminels* et les par. 453.3(3) ou 455.5(5) du *Code criminel*, dans la mesure où ils prescrivent la prise des empreintes digitales d'une personne qui a été accusée d'un acte criminel sans en être reconnue coupable, enfreignent l'art. 7 de la *Charte* et, dans l'affirmative, si ces violations sont justifiées par l'article premier. Les articles 8, 9, 10 et les al. 11c) et d) de la *Charte* ont aussi été invoqués.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli. La première question constitutionnelle doit recevoir une réponse négative dans chaque cas; il est inutile de traiter de la seconde question constitutionnelle.

Les empreintes digitales sont un outil d'investigation criminelle d'une valeur inestimable qui ne se limite pas à la justice criminelle ni à la procédure judiciaire. Les paragraphes 453.3(3) et 455.5(5) ne sont pas une simple extension du pouvoir de prendre des empreintes digitales et des photographies; ils font partie intégrante d'un projet plus large visant à réduire le nombre d'arrestations et de détentions.

Les dispositions attaquées enfreignent les droits garantis par l'art. 7 parce qu'elles obligent une personne

specific time and place and oblige that person to go through an identification process on pain of imprisonment for failure to comply. The infringement of these rights, however, does not violate the principles of fundamental justice for the process does not unduly invade the rights of the accused. A sense of proportion is necessary in considering the matter.

Subjecting a person charged to fingerprinting procedures does not violate the principles of fundamental justice, there being reasonable and probable grounds to believe a person has committed an offence. Any indignity attached to having one's fingerprints taken is much less than the stigma attached to many ordinary aspects of law enforcement in relation to persons in custody charged with an offence. The common law experience and legislative practice both indicate that custodial fingerprinting has not been considered fundamentally unfair. Here, the respondents, while not in custody, should be treated as being in the same position with respect to fingerprinting as a person in custody. Prior to the *Bail Reform Act*, they could have been arrested on reasonable and probable grounds that they had committed the offences charged.

The impugned provisions did not violate the principles of fundamental justice through arbitrariness or any violation of respondents' privacy. The legislation was not arbitrary in its scope and did not create an arbitrary or irrational statutory scheme. Discretion, including the police discretion to fingerprint or not, is an essential, judicially recognized feature of the criminal justice system. The requirements necessary to issue and confirm an appearance notice offer a sufficient safeguard to meet the requirements of fundamental justice. A person who is charged on reasonable and probable grounds with having committed a serious crime must expect a significant loss of personal privacy incidental to his being taken into custody.

The issue of the retention of the fingerprints of an accused who was not convicted did not arise here because respondents' fingerprints were never taken.

Sections 8, 9, 10, 11(c) and (d) of the *Charter* were not violated. Section 8 guarantees the right to be secure against unreasonable search and seizure and s. 9 gives the right not to be arbitrarily detained or imprisoned. Neither section was breached for the reasons like those

à comparaître à une date et dans un lieu précis et à subir une procédure d'identification sous peine d'emprisonnement en cas de refus d'obtempérer. L'atteinte à ces droits ne viole toutefois pas les principes de justice fondamentale car le procédé ne porte pas indûment atteinte aux droits de l'inculpé. Pour trancher une telle question, il faut garder le sens des proportions.

Lorsqu'il y a des motifs probables et raisonnables de croire qu'une personne a commis une infraction, la soumettre à la prise d'empreintes digitales ne viole pas les principes de justice fondamentale. Les flétrissures liées à de nombreux aspects ordinaires de l'application de la loi dans le cas de personnes sous garde qui sont accusées d'une infraction dépassent de loin tout sentiment d'indignité que susciterait la prise d'empreintes digitales. La pratique législative et l'expérience de la *common law* montrent que la prise des empreintes digitales de personnes sous garde n'a pas été considérée fondamentalement injuste. En l'espèce, les appelants n'étaient pas sous garde, mais leur situation devrait être considérée à cet égard comme identique à celle d'une personne sous garde pour ce qui concerne la prise d'empreintes digitales. Avant l'adoption de la *Loi sur la réforme du cautionnement*, ils auraient pu être arrêtés puisqu'il y avait des motifs raisonnables et probables de croire qu'ils avaient commis les infractions dont ils étaient accusés.

Les dispositions attaquées ne violent pas les principes de justice fondamentale pour des motifs fondés sur l'arbitraire ou l'atteinte à la vie privée des intimés. La législation n'est pas arbitraire dans son champ d'application et elle n'instaure pas de structure légale arbitraire ou irrationnelle. Le pouvoir discrétionnaire, dont celui de la police quant à la prise d'empreintes digitales, est une caractéristique essentielle, reconnue par les tribunaux, de la justice criminelle. Les conditions imposées pour délivrer et confirmer une citation à comparaître offrent une garantie suffisante du respect des exigences de la justice fondamentale. Une personne qui est accusée parce qu'il y a des motifs raisonnables et probables de croire qu'elle a commis un crime grave doit s'attendre à une atteinte importante à sa vie privée à la suite de sa mise sous garde.

La question de la conservation des empreintes d'un accusé qui n'a pas été reconnu coupable ne se pose pas en l'espèce parce que les empreintes des intimés n'ont jamais été prises.

Les articles 8, 9, 10 et les al. 11(c) et (d) de la *Charte* n'ont pas été violés. L'article 8 garantit le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives et l'art. 9 le droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires. Aucun de

given with respect to s. 7. Section 10 (the right to counsel) and s. 11(c) (the guarantee against accused persons being witnesses against themselves) were not applicable here. Section 11(d) (the guarantee to a fair trial) could not be breached if the fingerprints used as evidence were taken in a manner consistent with fundamental justice.

It was not necessary to consider s. 1 of the *Charter*.

Cases Cited

Referred to: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Bacon* (1915), 11 Cr. App. R. 90; *People v. Sallow*, 165 N.Y.S. 915 (1917); *Pelletier v. Le Roi*, [1952] B.R. 633; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Morrison* (1987), 20 O.A.C. 230; *Adair v. M'Garry*, [1933] S.L.T. 482; *United States v. Kelly*, 55 F.2d 67 (1932); *R. v. Buckingham and Vickers* (1943), 86 C.C.C. 76; *R. v. Hayward* (1957), 118 C.C.C. 365; *R. v. Nowakowski* (1977), 40 C.R.N.S. 144; *R. v. McLarty (No. 2)* (1978), 40 C.C.C. (2d) 72; *R. v. Jacobson*, Ont. Dist. Ct., January 31, 1978, unreported; *R. v. Nielsen and Stolar* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39, leave to appeal refused [1985] 1 S.C.R. xi; *R. v. A.N.* (1978), 2 C.R. (3d) 55; *Brown v. Baugh and Williams* (1982), 70 C.C.C. (2d) 71, aff'd [1984] 1 S.C.R. 192; *Dumbell v. Roberts*, [1944] 1 All E.R. 326; *Callis v. Gunn*, [1963] 3 All E.R. 677; *Hayes v. Florida*, 470 U.S. 811 (1985); *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *United States v. Robinson*, 414 U.S. 218 (1973); *R. v. McGregor* (1983), 3 C.C.C. (3d) 200; *Re M. H. and The Queen (No. 2)* (1984), 17 C.C.C. (3d) 443 (Alta. Q.B.), aff'd (1985), 21 C.C.C. (3d) 384 (Alta. C.A.), leave to appeal granted [1985] 2 S.C.R. ix; *Re Jamieson and The Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 430; *R. v. Halpern* (1986), 73 A.R. 276; *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966).

Statutes and Regulations Cited

Bail Reform Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 2, s. 5.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 9, 10, 11(c), (d), 24(1).
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 133(4), 134(4), 306(1)(b), 338(1), 450(1), 451, 453.3(3), 453(4), 455.1, 455.5(5), 455.6.
Identification of Criminals Act, R.S.C. 1970, c. I-1, s. 2. P.C. 1614, July 21, 1908, *Canada Gazette*, April 7, 1917, at p. 3484.

ces articles n'a été enfreint pour les motifs donnés relativement à l'art. 7. L'article 10 (le droit à un avocat) et l'al. 11c) (le droit pour l'inculpé de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même) ne sont pas applicables en l'espèce. L'alinéa 11d) (la garantie d'un procès équitable) ne peut avoir été violé si les empreintes utilisées en preuve ont été prises conformément aux principes de justice fondamentale.

Il est inutile de prendre en compte l'article premier de la *Charte*.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. v. Bacon* (1915), 11 Cr. App. R. 90; *People v. Sallow*, 165 N.Y.S. 915 (1917); *Pelletier v. Le Roi*, [1952] B.R. 633; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. v. Morrison* (1987), 20 O.A.C. 230; *Adair v. M'Garry*, [1933] S.L.T. 482; *United States v. Kelly*, 55 F.2d 67 (1932); *R. v. Buckingham and Vickers* (1943), 86 C.C.C. 76; *R. v. Hayward* (1957), 118 C.C.C. 365; *R. v. Nowakowski* (1977), 40 C.R.N.S. 144; *R. v. McLarty (No. 2)* (1978), 40 C.C.C. (2d) 72; *R. v. Jacobson*, C. dist. Ont., le 31 janvier 1978, inédit; *R. v. Nielsen and Stolar* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39, autorisation de pourvoi refusée [1985] 1 R.C.S. xi; *R. v. A.N.* (1978), 2 C.R. (3d) 55; *Brown v. Baugh and Williams* (1982), 70 C.C.C. (2d) 71, conf. par [1984] 1 R.C.S. 192; *Dumbell v. Roberts*, [1944] 1 All E.R. 326; *Callis v. Gunn*, [1963] 3 All E.R. 677; *Hayes v. Florida*, 470 U.S. 811 (1985); *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *United States v. Robinson*, 414 U.S. 218 (1973); *R. v. McGregor* (1983), 3 C.C.C. (3d) 200; *Re M. H. and The Queen (No. 2)* (1984), 17 C.C.C. (3d) 443 (B.R. Alb.), conf. par (1985), 21 C.C.C. (3d) 384 (C.A. Alb.), autorisation de pourvoi accordée [1985] 2 R.C.S. ix; *Re Jamieson and The Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 430; *R. v. Halpern* (1986), 73 A.R. 276; *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 9, 10, 11(c), (d), 24(1).
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 133(4), 134(4), 306(1)(b), 338(1), 450(1), 451, 453.3(3), 453(4), 455.1, 455.5(5), 455.6.
 C.P. 1614, 21 juillet 1908, *Gazette du Canada*, 7 avril 1917, à la p. 3484.
 DORS/48-412.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi sur l'identification des criminels, S.R.C. 1970, chap. I-1, art. 2.
Loi sur la réforme du cautionnement, S.R.C. 1970 (2^e supp.), chap. 2, art. 5.

Police and Criminal Evidence Act 1984, 1984, c. 60, s. 61 (U.K.)
SOR/48-412.

Police and Criminal Evidence Act 1984, 1984, chap. 60, art. 61 (R.-U.)

Authors Cited

Campbell, Donald. "Fingerprints: A Review," [1985] *Crim. L. Rev.* 195.
Canada. Committee on Corrections. Report of the Canadian Committee on Corrections. *Toward Unity: Criminal Justice and Corrections*. (The Ouimet Report). Ottawa: Queen's Printer, 1969.
Canada. Law Reform Commission. *Investigative Tests* (Working Paper 34). Ottawa: Law Reform Commission, 1984.
Canada. Senate. *Debates of the Senate*. Ottawa: Queen's Printer, 1971.
Moenssens, Andre A. *Fingerprints and the Law*. Philadelphia: Chilton Book Co., 1969.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1987), 56 Sask. R. 173, [1987] 4 W.W.R. 309, 57 C.R. (3d) 193, allowing an appeal, heard jointly, from a judgment of Rutherford J. dismissing an application to quash an order to appear, and from a judgment of Maurice J. dismissing an application to quash a summons to appear, for identification purposes pursuant to the *Identification of Criminals Act*. Appeal allowed. The first constitutional question should be answered in the negative; it was not necessary to consider the second.

Robert G. Richards and *Kenneth J. Tyler*, for the appellant.

David G. MacKay, for the respondent Claude R. Beare.

No one appeared for respondent Higgins.

William Corbett, Q.C., for the intervener the Attorney General of Canada.

S. Casey Hill, for the intervener the Attorney General for Ontario.

No one appeared for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Stuart Whitley and *Marva Smith*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

^a Doctrine citée

Campbell, Donald. «Fingerprints: A Review,» [1985] *Crim. L. Rev.* 195.
Canada. Comité sur la correction. Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. *Justice pénale et correction: un lien à forger*. (Le rapport Ouimet). Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1969.
Canada. Commission de réforme du droit. *Les méthodes d'investigation scientifiques* (document de travail 34). Ottawa: Commission de réforme du droit, 1984.
Canada. Sénat. *Débats du Sénat*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1971.
Moenssens, Andre A. *Fingerprints and the Law*. Philadelphia: Chilton Book Co., 1969.

^d POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1987), 56 Sask. R. 173, [1987] 4 W.W.R. 309, 57 C.R. (3d) 193, qui a accueilli les appels, entendus conjointement, d'une décision du juge Rutherford qui rejetait une demande d'annulation d'ordonnance de comparaître et d'une décision du juge Maurice qui rejetait une demande d'annulation d'une sommation à comparaître, à des fins d'identification, conformément à la *Loi sur l'identification des criminels*. ^e Pourvoi accueilli. La première question constitutionnelle reçoit une réponse négative; il est inutile d'examiner la seconde.

^g *Robert G. Richards* et *Kenneth J. Tyler*, pour l'appelante.

David G. MacKay, pour l'intimé Claude R. Beare.

^h Personne n'a comparu pour l'intimé Higgins.

William Corbett, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Canada.

S. Casey Hill, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Personne n'a comparu pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

^j *Stuart Whitley* et *Marva Smith*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Jack Watson, for the intervener the Attorney General for Alberta.

B. A. Crane, Q.C., and *Henry S. Brown*, for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police.

The judgment of the Court was delivered by

LA FOREST J.—The issue in this appeal is whether s. 2 of the *Identification of Criminals Act*, R.S.C. 1970, c. I-1, and ss. 453.3(3) and 455.5(5) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 2, violate the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in so far as they authorize the fingerprinting of a person who has been arrested but not yet convicted. The issue arises in two contexts: (a) in respect of a person to whom an appearance notice has been issued pursuant to s. 451 of the *Code*; and (b) in respect of a person who has been required by summons to appear for fingerprinting pursuant to s. 455.5. In this Court, the principal question addressed was whether those provisions contravene s. 7 of the *Charter*; ss. 8, 9, 10, and 11(c) and (d) of the *Charter* were also relied on, but no argument regarding these provisions was advanced. Section 7 reads:

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.

Facts

In February 1983, the respondent, Beare, was charged with breaking, entering and theft, contrary to s. 306(1)(b) of the *Criminal Code*. He was served with an appearance notice requiring him to attend in court and to appear at the Royal Canadian Mounted Police (R.C.M.P.) offices “for the purposes of the *Identification of Criminals Act*”. The latter Act, by s. 2, provides that a person in lawful custody may be subjected to certain processes of identification, the best known today, of course, being fingerprinting, which has been sanctioned by the Governor in Council pursuant to this

Jack Watson, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

B. A. Crane, c.r., et *Henry S. Brown*, pour l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LA FOREST—Le présent pourvoi vise à déterminer si l'art. 2 de la *Loi sur l'identification des criminels*, S.R.C. 1970, chap. I-1, et les par. 453.3(3) et 455.5(5) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, modifié par S.R.C. 1970 (2^e supp.), chap. 2, violent la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu'ils autorisent la prise des empreintes digitales d'une personne qui a été arrêtée mais n'a pas encore été déclarée coupable. La question se pose dans deux contextes distincts: a) dans le cas d'une personne qui a reçu une citation à comparaître conformément à l'art. 451 du *Code*; et b) dans le cas d'une personne requise, par sommation, de comparaître pour la prise d'empreintes digitales, conformément à l'art. 455.5. Devant cette Cour, le débat a principalement porté sur la question de savoir si ces dispositions enfreignent l'art. 7 de la *Charte*; les art. 8, 9, 10 et les al. 11(c) et (d) de la *Charte* ont aussi été invoqués, mais aucun argument n'a été présenté à leur sujet. L'article 7 se lit ainsi:

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.

Les faits

En février 1983, l'intimé Beare a été inculpé d'introduction par effraction et de vol, en vertu de l'al. 306(1)b) du *Code criminel*. Il a reçu signification d'une citation à comparaître lui ordonnant de se présenter devant le tribunal et le convoquant aux bureaux de la Gendarmerie royale du Canada (G.R.C.) [TRADUCTION] «pour les fins de la *Loi sur l'identification des criminels*». Cette dernière loi, en son art. 2, dispose qu'une personne légalement sous garde peut être soumise à certains procédés d'identification, dont le plus connu de nos jours est bien sûr la prise des empreintes digitales,

provision; see SOR/48-412. Section 2 reads as follows:

2. (1) Any person in lawful custody, charged with, or under conviction of an indictable offence, or who has been apprehended under the *Extradition Act* or the *Fugitive Offenders Act*, may be subjected, by or under the direction of those in whose custody he is, to the measurements, processes and operations practised under the system for the identification of criminals commonly known as the Bertillon Signaletic System, or to any measurements, processes or operations sanctioned by the Governor in Council having the like object in view.

(2) Such force may be used as is necessary to the effectual carrying out and application of such measurements, processes and operations.

(3) The signaletic cards and other results thereof may be published for the purpose of affording information to officers and others engaged in the execution or administration of the law.

A person to whom an appearance notice is given is, by s. 453.3(3) of the *Criminal Code* deemed to be a person in lawful custody for the purposes of the *Identification of Criminals Act*. Section 453.3(3) at the relevant time read as follows:

453.3 ...

(3) An appearance notice or promise to appear or a recognizance entered into before an officer in charge may, where the accused is alleged to have committed an indictable offence, require the accused to appear at a time and place stated therein for the purposes of the *Identification of Criminals Act*, and a person so appearing is deemed, for the purposes only of that Act, to be in lawful custody charged with an indictable offence.

This provision was subsequently amended (S.C. 1985, c. 19, s. 77), but in a manner that does not affect the disposition of this appeal.

If a person fails to appear as required by such notice, a warrant may be issued for his arrest (s. 453.4). He is also guilty of an offence under s. 133(5) of the *Code*.

In December, 1982, the respondent, Higgins, was charged with defrauding Soo Security Motorways of more than \$200 contrary to s. 338(1) of the *Criminal Code*. He was served with a sum-

qui a été approuvée par le gouverneur en conseil en application de cette disposition; voir DORS/48-412. L'article 2 porte:

2. (1) Une personne légalement sous garde, qu'elle soit accusée d'un acte criminel, ou qu'elle en ait été reconnue coupable, ou qui a été arrêtée en vertu de la *Loi sur l'extradition* ou de la *Loi sur les criminels fugitifs*, peut être soumise, par ceux qui en ont la garde ou en vertu de leurs ordres, aux mensurations, procédés et opérations exécutés d'après la méthode d'identification des criminels appelée communément bertillonnage, ou à des mensurations, procédés ou opérations qui ont le même objet et que le gouverneur en conseil a approuvés.

(2) Il est permis d'employer la force nécessaire pour effectuer et appliquer utilement ces mensurations, procédés et opérations.

(3) Les fiches signalétiques, ainsi que les autres indications obtenues, peuvent se publier à titre de renseignements à l'usage des fonctionnaires et autres personnes prenant part à l'exécution ou à l'application de la loi.

Une personne à qui l'on remet une citation à comparaître est, en vertu du par. 453.3(3) du *Code criminel*, présumée légalement sous garde aux fins de la *Loi sur l'identification des criminels*. Le paragraphe 453.3(3), à l'époque en cause, prévoyait:

453.3 ...

(3) Une citation à comparaître, une promesse de comparaître ou un engagement contracté devant un fonctionnaire responsable peuvent, lorsque le prévenu est allégué avoir commis un acte criminel, enjoindre au prévenu de comparaître aux temps et lieu y indiqués, aux fins de la *Loi sur l'identification des criminels*, et une personne qui comparaît ainsi est censée, aux seules fins de cette loi, être une personne légalement sous garde qui est accusée d'un acte criminel.

Cette disposition a été modifiée par la suite (S.C. 1985, chap. 19, art. 77), mais d'une manière qui reste sans effet sur la solution à donner au pourvoi.

Si la personne ne comparaît pas malgré la citation, un mandat d'arrestation peut être lancé contre elle (art. 453.4). Elle se rend aussi coupable d'une infraction au par. 133(5) du *Code*.

En décembre 1982, l'intimé Higgins a été inculpé de fraude, aux dépens de Soo Security Motorways, pour un montant supérieur à 200 \$, aux termes du par. 338(1) du *Code criminel*. Il a

mons requiring him to attend in court and to appear at R.C.M.P. offices "for the purposes of the *Identification of Criminals Act*". By section 455.5(5) of the *Code*, a person so summoned is also deemed to be a person in lawful custody for the purposes of the *Identification of Criminals Act*. Section 455.5(5) reads:

455.5 ...

(5) A summons may, where the accused is alleged to have committed an indictable offence, require the accused to appear at a time and place stated therein for the purposes of the *Identification of Criminals Act*, and a person so appearing is deemed, for the purposes only of that Act, to be in lawful custody charged with an indictable offence.

A person who fails to comply with such a summons is also subject to arrest by warrant (s. 455.6) and is guilty of an offence (s. 133(4)).

Neither Beare nor Higgins attended at the R.C.M.P. offices as required. Both challenged the requirement that they appear for fingerprinting as being a violation of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. On March 14, 1983, Rutherford J. of the Court of Queen's Bench of Saskatchewan dismissed Beare's application without recorded reasons. On April 4, 1983, Higgins' application was also dismissed by Maurice J. who gave reasons.

Higgins' application was for relief pursuant to the *Charter*, particularly ss. 8, 11(d), 24(1) and pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Though Maurice J. thought the application contained procedural defects, he nonetheless proceeded to examine the merits of the case and concluded that the *Identification of Criminals Act* did not contravene ss. 8 and 11(d) and even if it did, the Act would be saved by s. 1 of the *Charter*.

Both respondents appealed to the Saskatchewan Court of Appeal. The appeals were heard together. Both argued that a requirement subjecting an accused to fingerprinting under the *Identification of Criminals Act* before conviction for an indict-

reçu signification d'une sommation lui ordonnant de comparaître devant le tribunal et le convoquant aux bureaux de la G.R.C. [TRADUCTION] «pour les fins de la *Loi sur l'identification des criminels*». Selon le par. 455.5(5) du *Code*, une personne qui reçoit une sommation est aussi censée être une personne légalement sous garde pour les fins de la *Loi sur l'identification des criminels*. Le paragraphe 455.5(5) se lit ainsi:

455.5 ...

(5) Une sommation peut, lorsqu'il est allégué que le prévenu a commis un acte criminel, enjoindre au prévenu de comparaître aux temps et lieu y indiqués, aux fins de la *Loi sur l'identification des criminels*, et une personne qui comparaît ainsi est censée, aux seules fins de cette loi, être une personne légalement sous garde qui est accusée d'un acte criminel.

La personne qui ne se conforme pas à cette sommation peut aussi faire l'objet d'un mandat d'arrestation (art. 455.6) et se rend coupable d'une infraction (par. 133(4)).

Ni Beare ni Higgins ne se sont présentés aux bureaux de la G.R.C. comme requis. Tous deux ont contesté l'obligation de comparaître pour le prélèvement de leurs empreintes digitales, alléguant la violation de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le 14 mars 1983, le juge Rutherford, de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, a rejeté la demande de Beare, sans motifs rapportés. Le 4 avril 1983, le juge Maurice a aussi rejeté la demande de Higgins, avec motifs.

Higgins, dans sa demande, voulait obtenir réparation en vertu de l'art. 8, de l'al. 11d) et du par. 24(1) de la *Charte* et du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Bien que le juge Maurice ait estimé que la demande comportait certains vices de procédure, il a néanmoins procédé à son examen au fond, pour conclure que la *Loi sur l'identification des criminels* ne contrevenait pas à l'art. 8 et à l'al. 11d) et que, même si c'était le cas, la Loi serait sauvegardée par l'article premier de la *Charte*.

Les deux intimés ont interjeté appel à la Cour d'appel de la Saskatchewan. Leurs appels ont été entendus ensemble. Tous deux ont soutenu que soumettre un inculpé à la prise d'empreintes digitales, conformément à la *Loi sur l'identification*

able offence infringed upon his rights as guaranteed by the *Charter*. Though reliance was placed on ss. 7, 8, 9, 10, 11(c) and (d) of the *Charter*, the court restricted its considerations to s. 7.

By judgment dated April 14, 1987, the Saskatchewan Court of Appeal allowed the appeals (1987), 56 Sask. R. 173, [1987] 4 W.W.R. 309, 57 C.R. (3d) 193 (hereinafter cited from (1987), 56 Sask. R. 173), and ruled that to the extent that they provide for the fingerprinting of a person charged with but not convicted of an indictable offence, s. 2 of the *Identification of Criminals Act* and ss. 453.3(3) and 455.5(5) of the *Criminal Code* violate s. 7 of the *Charter* and are of no force and effect. The violation did not constitute a reasonable limit within the meaning of s. 1 of the *Charter*. Separate judgments were given by Bayda C.J.S. (Brownridge J.A. concurring) and Cameron J.A.

In Bayda C.J.S.'s view, the concept "life, liberty and security of the person" refers not only to physical but to mental integrity. The latter, he observed, could be subsumed in the phrase "the dignity and worth of the person." As he saw it, subjecting a person to fingerprinting prior to conviction violates the elements of dignity and self-respect inherent in s. 7 of the *Charter*. He states at p. 182:

It is common knowledge that fingerprinting is not carried out universally but only in respect of those thought to have engaged in criminal activity . . . that in the minds of the public fingerprinting is associated with criminals and criminal activity: to be fingerprinted is to be treated like a criminal. It is one thing, however, to have been found by a court to be a criminal and then to be treated like one. It is quite another not to have been so found (particularly when the person has an honest belief in his innocence) and to be treated like one. The humiliation is exacerbated when the person realizes that the fingerprints remain as a permanent record, a permanent stigma, notwithstanding the withdrawal or the dismissal of the charge. That such a person's reputation, self-respect or dignity may suffer in the process is patent.

des criminels, avant qu'il soit reconnu coupable d'un acte criminel, enfreignait les droits garantis par la *Charte*. Bien qu'on se soit fondé sur les art. 7, 8, 9, 10 et les al. 11c) et d) de la *Charte*, la cour s'est limitée à l'examen de l'art. 7.

Dans un arrêt daté du 14 avril 1987, la Cour d'appel de la Saskatchewan a accueilli les appels (1987), 56 Sask. R. 173, [1987] 4 W.W.R. 309, 57 C.R. (3d) 193 (ci-après cité au (1987) 56 Sask. R. 173), et jugé que, dans la mesure où ils autorisaient la prise des empreintes digitales d'une personne accusée, mais non reconnue coupable, d'un acte criminel, l'art. 2 de la *Loi sur l'identification des criminels* et les par. 453.3(3) et 455.5(5) du *Code criminel* violaient l'art. 7 de la *Charte* et étaient donc inopérants. La violation ne constituait pas une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*. Le juge en chef Bayda de la Saskatchewan (avec l'appui du juge Brownridge) et le juge Cameron ont joint leurs opinions individuelles à l'arrêt.

Selon le juge en chef Bayda, la notion de «vie, liberté et sécurité de [la] personne» vise l'intégrité non seulement physique mais aussi mentale de la personne. L'intégrité mentale, fait-il observer, pourrait être subsumée sous l'expression [TRADUCTION] «dignité et valeur de la personne». À son avis, obliger une personne à donner ses empreintes digitales avant d'être reconnue coupable porte atteinte à la dignité de la personne et au respect de soi inhérents au droit protégé par l'art. 7 de la *Charte*. Il dit à la p. 182:

[TRADUCTION] On sait qu'on ne prend pas les empreintes digitales de tout le monde, mais uniquement de ceux qui sont soupçonnés de s'être livrés à une activité criminelle [. . .] que, dans l'esprit du public, la prise d'empreintes digitales est associée aux criminels et à l'activité criminelle: devoir donner ses empreintes digitales, c'est être traité comme un criminel. Être reconnu coupable par un tribunal, puis être traité comme un criminel est une chose, mais c'en est une autre de ne pas avoir été reconnu coupable (particulièrement lorsqu'on croit honnêtement à son innocence) mais d'être traité comme un criminel. L'humiliation de l'intéressé est exacerbée lorsqu'il apprend que les empreintes sont conservées à un dossier permanent et demeurent comme un stigmate, même si l'inculpation est retirée ou rejetée. Il est évident que, dans ce processus, la personne souffre dans sa dignité, sa réputation et le respect de soi.

Bayda C.J.S. was of the opinion that this violation was not in accordance with the principles of fundamental justice, given the absence of safeguards in s. 2 of the Act to prevent injury to those whom there is no need to identify or those who fall subject to the Act but are not criminals. He noted that the person in authority who has the power to require the fingerprinting need not have reasonable and probable grounds to believe the accused had committed the offence. That person could be arbitrary and capricious. In Bayda C.J.S.'s view the belief of the person who laid the charge is irrelevant. The final indignity, he noted, is the lack of any requirement to destroy the fingerprints if the accused is discharged. He referred to the British statute, the *Police and Criminal Evidence Act 1984* (U.K.), 1984, c. 60, that incorporates such safeguards.

Bayda C.J.S. then went on to consider whether the legislation might be saved under s. 1 of the *Charter* and concluded that it could not.

Cameron J.A. arrived at the same conclusion by a somewhat different route. After disposing of a number of procedural and jurisdictional issues not raised in this Court, and referring to the decisions of this Court in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, and *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, as establishing the applicable principles, he went on to discuss the *Identification of Criminals Act* in terms of these principles.

To the extent that the Act applies to a person in custody, accused but not convicted of the commission of a serious crime, he stated, its purposes are to enable the identity of that person to be established for three reasons: (1) to assist in determining whether the accused committed the crime in those cases where the identity of the person who committed the crime is in issue; (2) to assist in determining if the accused has been convicted or stands charged of other crimes in order to establish whether and on what terms the accused might be released pending trial, whether the complaint ought to be presented by way of summary conviction

Le juge en chef Bayda est d'avis que cette violation n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale étant donné l'absence à l'art. 2 de la Loi de toute garantie qui protège ceux qu'il est inutile d'identifier ou ceux qui tombent sous le coup de la Loi sans être des criminels. Il note que la personne en situation d'autorité qui a le pouvoir d'exiger la prise d'empreintes digitales n'a pas besoin d'avoir des motifs raisonnables et probables de croire que l'inculpé a commis l'infraction. Cette personne pourrait céder à l'arbitraire et au caprice. De l'avis du juge en chef Bayda, ce que peut croire l'accusateur n'a pas de pertinence. L'atteinte la plus grave à la dignité de la personne tient, à son avis, au fait qu'il n'y a aucune obligation de détruire les empreintes si l'inculpé est libéré. Il mentionne la loi britannique, *Police and Criminal Evidence Act 1984* (R.-U.), 1984, chap. 60, qui comporte de telles garanties.

Le juge en chef Bayda se demande ensuite si la Loi pourrait être sauvegardée en vertu de l'article premier de la *Charte* et conclut qu'elle ne le peut pas.

Le juge Cameron arrive à la même conclusion par une voie différente. Après avoir statué sur certains points de procédure et de compétence qui n'ont pas été soulevés en cette Cour et après s'être référé aux décisions de cette Cour dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, et dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, considérant qu'elles établissent les principes applicables, il analyse la *Loi sur l'identification des criminels* en fonction de ces principes.

Dans la mesure où la Loi s'applique à une personne sous garde, accusée, mais non reconnue coupable, d'un crime grave, elle a pour objet, dit-il, de permettre d'établir l'identité de cette personne pour trois raisons: (1) pour permettre de déterminer si l'inculpé a commis le crime dans les cas où l'identité de l'auteur du crime est en cause; (2) pour permettre de déterminer si l'inculpé a déjà été reconnu coupable ou est accusé d'autres crimes afin d'établir si, et à quelles conditions, l'inculpé peut être libéré en attendant son procès, si la plainte doit être portée selon la procédure sommaire de déclaration de culpabilité ou par voie

tion or indictment, whether to proceed by way of second conviction, and so on; and (3) to facilitate the apprehension of the accused should he fail to appear in court. He, too, noted that there are no provisions governing the ultimate disposition of the fingerprints in the event of a withdrawal of the charge, a stay or an acquittal.

Cameron J.A. considered that the impugned provisions of the Act and of the *Criminal Code* deprive the person affected thereby of liberty and security of the person. The person is required by law to surrender himself into the custody of the authorities, or face arrest and prosecution, and must submit to the bodily intrusions sanctioned by s. 2 of the Act. Such bodily force as is necessary to that end may lawfully be used.

He went on to say that this violation was not made in accordance with the principles of fundamental justice. Section 2 of the Act and ss. 453.3(3) and 455.5(5) of the *Criminal Code* provide no criteria as to how the discretion allowed by those provisions should be exercised. The Act does not require fingerprinting; it permits it. But section 2 is utterly barren of any guidelines by which the authorities acting under the section are to decide whether, and to what extent, an accused will be subjected to fingerprinting. Sections 453.3 and 455.5 are equally open to random and arbitrary action. Anyone charged with an indictable offence may be required to appear whether or not one or more of the purposes of the Act will be served thereby. Even if one were to construe ss. 453.3(3) and 455.5(5) as empowering a justice to compel the appearance of an accused for identification purposes only where it is made to appear that one or more of the purposes of the Act would be served by that appearance, there would remain grave flaws, because the sections in issue contain no framework for the exercise of that power. They do not require, for example, that the justice act only on credibly based probabilities.

Cameron J.A. indicated that the failure of the law to restrict the exercise of the powers it confers to situations in which one or more of the legitimate purposes of the Act would be served, coupled with its failure to provide a principled framework governing the exercise of that power, result in its

d'acte d'accusation, s'il faut poursuivre pour récidive, etc.; et (3) pour faciliter l'arrestation de l'inculpé s'il devait ne pas comparaître devant le tribunal. Le juge constate également qu'il n'existe aucune disposition régissant le sort ultime des empreintes en cas de retrait de l'inculpation, de suspension ou d'acquiescement.

Le juge Cameron estime que les dispositions attaquées, dans la Loi et le *Code criminel*, privent la personne qu'elles visent de la liberté et de la sécurité de sa personne. La Loi l'oblige à se soumettre à la garde des autorités, ou à faire face à une arrestation et à une poursuite, et à se soumettre aux formes d'atteinte physique prévues à l'art. 2 de la Loi. La force physique nécessaire à cette fin peut licitement être employée.

Il ajoute que cette violation n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. L'article 2 de la Loi et les par. 453.3(3) et 455.5(5) du *Code criminel* ne prévoient aucun critère d'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par ces dispositions. La Loi n'exige pas le prélèvement des empreintes digitales, elle l'autorise. L'article 2 ne comporte toutefois aucune directive que devraient suivre les autorités, agissant sur le fondement de l'article, pour décider si, et dans quelles circonstances, il y a lieu de prélever les empreintes digitales d'un inculpé. Les articles 453.3 et 455.5 ouvrent également la porte à l'arbitraire et à l'aléatoire. Quiconque est accusé d'avoir commis un acte criminel peut être obligé de comparaître, que cela serve ou non les fins de la Loi. Même si l'on interprétait les par. 453.3(3) et 455.5(5) comme conférant à un juge le pouvoir de forcer un inculpé à comparaître pour fins d'identification dans les seuls cas où sa comparution servirait l'une ou plusieurs des fins de la Loi, de graves défauts demeureraient, parce que les articles en cause ne fourniraient aucun cadre pour l'exercice de ce pouvoir. Ils n'exigent pas, par exemple, que le juge agisse uniquement sur de solides probabilités.

Le juge Cameron estime que la Loi est défectueuse en ce qu'elle ne restreint pas les pouvoirs qu'elle confère aux situations où seraient servies l'une ou plusieurs des fins légitimes de la Loi et, en outre, ne formule pas de principes qui définissent le cadre de l'exercice de ce pouvoir. Il étudie le

undoing. He reviewed the report issued by the English Royal Commission and the Law Reform Commission of Canada Working Paper dealing with these matters and concluded that the provisions in issue did not meet the test of s. 1 of the *Charter*.

The Crown then sought and obtained leave to appeal to this Court. The following constitutional grounds were stated by the Chief Justice in respect of the Beare appeal:

1. Do section 2 of the *Identification of Criminals Act*, R.S.C. 1970, c. I-1, and s. 453.3(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, to the extent that they provide for the fingerprinting of a person (who is not a young person as defined by the *Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, and) who has been charged with but not convicted of an indictable offence, infringe rights guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If section 2 of the *Identification of Criminals Act*, R.S.C. 1970, c. I-1, and s. 453.3(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, do infringe rights guaranteed in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are they justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

The Chief Justice stated identical questions in respect of the Higgins appeal except that s. 455.5(5) of the *Criminal Code* was substituted for s. 453.3(3).

Following the hearing of the appeals on December 17, 1987, the Court immediately allowed the appeal and held that the impugned provisions did not contravene the *Charter*. Since the accused had refused and, therefore, not been subjected to fingerprinting, the issue of their retention did not arise and the Court did not pronounce on this question. The Court announced it would give reasons later when it would also dispose of the matter of costs, which counsel for the respondent Beare sought in any event. That judgment reads as follows:

Since a decision as to the constitutional validity of the impugned provisions of the *Identification of Criminals Act* and the *Criminal Code* is a matter of urgency in the

rapport de l'English Royal Commission et le document de travail de la Commission de réforme du droit du Canada qui traitent de ces sujets pour conclure que les dispositions en cause ne satisfont pas aux critères de l'article premier de la *Charte*.

Le ministère public a demandé et obtenu l'autorisation de se pourvoir en cette Cour. Le Juge en chef a formulé les moyens constitutionnels suivants dans le cas du pourvoi Beare:

1. L'article 2 de la *Loi sur l'identification des criminels*, S.R.C. 1970, chap. I-1, et le par. 453.3(3) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, portent-ils atteinte aux droits garantis à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où ils prescrivent la prise des empreintes digitales d'une personne (qui n'est pas un adolescent au sens de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 110, et) qui a été accusée d'un acte criminel sans en être reconnue coupable?
2. Si l'article 2 de la *Loi sur l'identification des criminels*, S.R.C. 1970, chap. I-1, et le par. 453.3(3) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, portent atteinte aux droits garantis à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, non incompatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Le Juge en chef a formulé des questions identiques dans le cas du pourvoi Higgins, en substituant le par. 455.5(5) du *Code criminel* au par. 453.3(3).

Après l'audition des pourvois, le 17 décembre 1987, la Cour y a immédiatement fait droit et jugé que les dispositions contestées n'enfreignaient pas la *Charte*. Puisque l'inculpé avait refusé de donner ses empreintes digitales et que la question de leur conservation ne se posait pas, la Cour ne s'est pas prononcée sur cette question. La Cour a annoncé qu'elle remettrait ses motifs ultérieurement et qu'à ce moment elle statuerait aussi sur la question des dépens que l'avocat de l'intimé Beare réclamait quelle que soit l'issue du pourvoi. Voici le texte du jugement:

Étant donné qu'une décision sur la constitutionnalité des dispositions attaquées de la *Loi sur l'identification des criminels* et du *Code criminel* est une question

administration of justice, the Court disposes of these appeals forthwith, its reasons to follow at a later date.

The Court finds the provisions constitutional and allows the appeals. The issue of retention of fingerprints after acquittal does not arise on the facts of these appeals. The question of costs is reserved.

The Nature of the Legislation

The process of fingerprinting was developed in the late nineteenth century and became the primary method of identification for law enforcement purposes in Canada in 1908; see P.C. 1614, July 21, 1908, *Canada Gazette*, April 7, 1917, at p. 3484. By 1948, it had completely replaced the Bertillon system of identification which relied on the recording of a series of precise body measurements; see SOR/48-412.

Fingerprinting is an invaluable tool of criminal investigation because of the ease and rapidity of the process and because it is virtually infallible, no two persons' fingerprints being alike. The quick acceptance of fingerprints by courts in the United States and Great Britain as a convenient and reliable means of identification was later followed in Canada; see *R. v. Bacon* (1915), 11 Cr. App. R. 90; *People v. Sallow*, 165 N.Y.S. 915 (Gen. Sess. 1917); *Pelletier v. Le Roi*, [1952] B.R. 633, at p. 635. Today their scientific reliability and usefulness to the criminal justice system is fully accepted; see Donald Campbell, "Fingerprints: A Review," [1985] *Crim. L. Rev.* 195, at p. 196.

Fingerprints serve a wide variety of purposes in the criminal justice system. These include linking the accused to the crime where latent prints are found at the scene or on physical evidence; determining if the accused has been charged with, or convicted of other crimes in order to decide whether, for example, he should be released pending trial or whether he should be proceeded against by way of summary conviction or indictment; ascertaining whether the accused is unlawfully at large or has other charges outstanding; and assisting in the apprehension of an accused should he fail to

urgente relativement à l'administration de la justice, la Cour tranche ces pourvois immédiatement et déposera ses motifs ultérieurement.

La Cour juge les dispositions constitutionnelles et accueille les pourvois. Vu les faits de ces espèces, la question de la garde des empreintes digitales après un acquittement ne se pose pas. La question des dépens est prise en délibéré.

Nature de la législation

La prise d'empreintes digitales est apparue comme moyen d'identification à la fin du dix-neuvième siècle et est devenue en 1908 la principale méthode utilisée à cette fin pour l'application de la loi au Canada; voir C.P. 1614, 21 juillet 1908, *Gazette du Canada*, 7 avril 1917, à la p. 3484. Dès 1948, elle avait complètement remplacé le bertillonage, un système d'identification fondé sur la consignation dans un fichier d'une série de mesures anthropométriques précises; voir DORS/48-412.

Les empreintes digitales sont un outil d'investigation criminelle d'une valeur inestimable en raison de la facilité et de la rapidité d'emploi du procédé et de sa quasi-infaillibilité puisque deux personnes ne peuvent jamais avoir les mêmes empreintes. Aux États-Unis et en Grande-Bretagne, les tribunaux ont rapidement reconnu les empreintes digitales comme un moyen commode et fiable d'identification; le Canada a suivi plus tard; voir *R. v. Bacon* (1915), 11 Cr. App. R. 90; *People v. Sallow*, 165 N.Y.S. 915 (Gen. Sess. 1917); *Pelletier v. Le Roi*, [1952] B.R. 633, à la p. 635. Aujourd'hui, leur fiabilité scientifique et leur utilité pour la justice criminelle sont parfaitement acceptées; voir Donald Campbell «Fingerprints: A Review,» [1985] *Crim. L. Rev.* 195, à la p. 196.

Les empreintes digitales servent à des fins diverses en justice criminelle. Parmi celles-ci, elles servent à établir un lien entre l'inculpé et le crime, lorsque des empreintes sont trouvées sur les lieux ou sur des preuves matérielles; elles servent à déterminer si l'inculpé a été accusé ou reconnu coupable d'autres crimes, afin d'éclairer, par exemple, une décision sur sa libération en attendant son procès ou sur le choix de procéder par voie de déclaration sommaire de culpabilité ou par acte d'accusation; elles servent à établir si l'accusé est illicitement en liberté ou si d'autres inculpa-

appear. As well, fingerprints taken on arrest are used to identify prisoners with suicidal tendencies, sex offenders, career criminals and persons with a history of escape attempts so that they can be segregated or monitored as may appear appropriate.

Fingerprints are also of great assistance in the judicial process. Thus in addition to their utility in positively identifying an accused, they may also assist the Crown in determining the punishment it should seek by revealing, for example, whether the accused is a first offender or otherwise. This, of course, will be of assistance to the court in imposing an appropriate sentence.

These are only some of the more important uses to which fingerprints are put. In brief, they have become an integral part of the criminal justice system at every stage. I should add that they provide advantages to an innocent accused. They may establish that another has committed the crime and they may also ensure that the innocent will not be wrongly identified with someone else's criminal history.

Finally, I should, in light of the view taken by the Court of Appeal, add that use of fingerprints is not confined to criminal matters, but serves a number of functions outside the criminal process. These include their use in relation to security clearances, provincial and municipal licensing of taxi drivers, security guards and others, positions involving contact with vulnerable members of society, applications for Canadian citizenship and visas to some foreign countries. The Attorney General for Alberta points out that it is even used by some parents to ensure the identification of their children if they become injured or missing.

I turn now to the specific purpose of ss. 453.3(3) and 455.5(5) of the *Criminal Code*. These were enacted in 1971 as part of the *Bail Reform Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 2, s. 5. Before that time persons who were to be charged with an

tions sont pendantes, et à faciliter son arrestation en cas de défaut de comparution. De plus, les empreintes digitales prélevées au moment de l'arrestation servent à identifier les détenus aux tendances suicidaires, les délinquants sexuels, les criminels de carrière et les personnes ayant des tentatives d'évasion à leur actif, de façon qu'on puisse les séparer ou les surveiller de façon appropriée.

Les empreintes digitales sont aussi très utiles dans la procédure judiciaire. En effet, elles permettent d'identifier avec certitude un accusé, et peuvent aussi aider le ministère public à déterminer la peine à requérir en indiquant, par exemple, si l'accusé est ou non récidiviste. Cela, bien entendu, aidera le tribunal à prononcer la peine appropriée.

Ce sont là quelques-uns des usages les plus importants des empreintes digitales. En bref, elles font maintenant partie intégrante de la justice criminelle à tous les niveaux. J'ajouterais qu'elles présentent des avantages pour l'accusé innocent. Elles permettent d'établir qu'un tiers a commis le crime dont il est accusé et d'empêcher qu'un innocent soit associé à tort au casier judiciaire d'un criminel.

Enfin, je dois ajouter, compte tenu de l'opinion adoptée par la Cour d'appel, que l'utilité des empreintes digitales ne se limite pas aux affaires criminelles. Elles sont utilisées aussi, par exemple, pour les enquêtes de sécurité, pour la délivrance de permis provinciaux et municipaux aux conducteurs de taxi, au personnel des services de sécurité ou à des personnes qui, dans leurs fonctions, sont en rapport avec les membres les plus vulnérables de la société, ainsi que pour des demandes de citoyenneté canadienne et de visa pour certains pays étrangers. Le procureur général de l'Alberta fait observer que certains parents y ont recours pour s'assurer qu'on pourra identifier leurs enfants s'ils se blessent ou sont portés disparus.

J'en viens maintenant à l'objet précis des par. 453.3(3) et 455.5(5) du *Code criminel*. Ils ont été adoptés en 1971 dans le cadre de la *Loi sur la réforme du cautionnement*, S.R.C. 1970 (2^e supp.), chap. 2, art. 5. Auparavant, on arrêtrait les

indictable offence would either be arrested or served with a summons. Appearance notices were not used and summonses were used in only a minority of cases; see *Criminal Code*, Part XIV, ss. 448-459; *Debates of the Senate*, March 29, 1971, at pp. 786-792. It was to reduce the number of persons being arrested and held in custody that the *Bail Reform Act* was enacted; see *Debates of the Senate*, *ibid.* The Act largely reflected the recommendations of the Report of the Canadian Committee on Corrections, *Toward Unity: Criminal Justice and Corrections*, 1969 (The Ouimet Report), which recognized the need to make new arrangements for fingerprinting and photographing if the number of people arrested was to be substantially reduced. The Report, at p. 98, states:

As the Committee envisages that there will be fewer persons in custody if its recommendations are implemented, it will be necessary to extend the provisions of the Identification of Criminals Act to require a person, who has been summoned to appear to answer a charge of having committed an indictable offence, to present himself and submit to fingerprinting as directed in the summons. Failure to do so without lawful excuse should result in arrest.

As can be seen then, ss. 453.3(3) and 455.5(5) are integral parts of a larger scheme aimed at reducing the number of persons who are arrested and taken into custody. They are not simple expansions of the authority to take fingerprints and photographs.

Section 7 of the Charter

The analysis of s. 7 of the *Charter* involves two steps. To trigger its operation there must first be a finding that there has been a deprivation of the right to "life, liberty and security of the person" and, secondly, that that deprivation is contrary to the principles of fundamental justice. Like other provisions of the *Charter*, s. 7 must be construed in light of the interests it was meant to protect. It should be given a generous interpretation, but it is important not to overshoot the actual purpose of the right in question; see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344.

personnes qu'on voulait accuser d'un acte criminel ou on leur signifiait une sommation. Les citations à comparaître n'étaient pas utilisées et les sommations ne l'étaient que rarement; voir *Code criminel*, partie XIV, art. 448 à 459; *Débats du Sénat*, 29 mars 1971, aux pp. 786 à 792. C'est dans le but de réduire le nombre de personnes arrêtées et détenues que la *Loi sur la réforme du cautionnement* a été adoptée; voir *Débats du Sénat*, *ibid.* La Loi reprend en grande partie les recommandations du Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle intitulé *Justice pénale et correction: un lien à forger*, 1969 (Le rapport Ouimet), qui reconnaissait la nécessité de modifier les modalités applicables à la prise d'empreintes digitales et de photographies si l'on voulait réduire le nombre d'arrestations. Le rapport dit, à la p. 106:

Vu que le Comité prévoit que moins de personnes seront placées en état d'arrestation si ses recommandations sont adoptées, il sera nécessaire d'étendre la portée des dispositions de la Loi sur l'identification des criminels pour exiger d'une personne, à qui on a signifié une sommation de comparaître pour répondre à l'accusation d'avoir commis un acte criminel, qu'elle se présente et se soumette à la dactyloscopie, comme la sommation le lui ordonne. Le défaut d'obéir à ces instructions sans excuse légitime devrait entraîner l'arrestation du prévenu.

Comme on peut le voir, les par. 453.3(3) et 455.5(5) font donc partie intégrante d'un projet plus large qui visait à réduire le nombre d'arrestations et de détentions. Il ne s'agit pas d'une simple extension du pouvoir de prendre des empreintes digitales et des photographies.

L'article 7 de la Charte

L'analyse de l'art. 7 de la *Charte* se fait en deux temps. Pour que l'article puisse entrer en jeu, il faut constater d'abord qu'il a été porté atteinte au droit «à la vie, à la liberté et à la sécurité [d'une] personne» et, en second lieu, que cette atteinte est contraire aux principes de justice fondamentale. Comme d'autres dispositions de la *Charte*, l'art. 7 doit être interprété en fonction des intérêts qu'il est censé protéger. Il doit recevoir une interprétation généreuse, mais il est important de ne pas outrepasser le but réel du droit en question; voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344.

The Court of Appeal, we saw, found that the impugned provisions constituted an infringement of the right guaranteed by the opening words of s. 7, the majority because fingerprinting offends the "dignity and self-respect" of at least those persons who because of their self-perception or the perception of the community would feel demeaned by being thus treated. In short, the majority thought that being subjected to fingerprinting was to be treated like a criminal. This approach appears to be broad and indefinite and to introduce an undesirable notion of differentiation among those subjected to the procedure. For my part, I prefer the more specific finding of Cameron J.A. that the impugned provisions infringe the rights guaranteed by s. 7 because they require a person to appear at a specific time and place and oblige that person to go through an identification process on pain of imprisonment for failure to comply. The appellant concedes this position, as does the Attorney General for Manitoba. Contention thus essentially revolved around the issue whether the alleged infringement of s. 7 rights violated the principles of fundamental justice. Because I have come to the conclusion that these principles have not been violated in these cases, I shall confine my remarks to that issue.

In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 512, this Court stated that the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets and principles not only of our judicial system but also of the other components of our legal system. Consistent with this approach, the Court in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 327, held that to determine whether a legislative scheme for the indeterminate detention of dangerous offenders violated the principles of fundamental justice, it was necessary to examine that scheme in light of the basic principles of penal policy that had animated legislative and judicial practice in Canada and other common law jurisdictions. Here we are engaged in assessing law enforcement measures, specifically in the context of a person charged with an offence, and it is relevant then to consider them against the applicable principles and policies that

La Cour d'appel, nous l'avons vu, a jugé que les dispositions attaquées portaient atteinte au droit garanti par la première partie de l'art. 7, la majorité estimant que la prise des empreintes digitales est une atteinte «à la dignité et au respect de soi» dans le cas, à tout le moins, des personnes qui, à cause de leur propre perception ou de la perception de la collectivité se sentent humiliées par un tel traitement. En bref, la majorité pensait qu'être soumis à la prise d'empreintes digitales, c'était être traité comme un criminel. Cette vision des choses est large et indéfinie et introduit un élément regrettable de différenciation entre les diverses personnes qui sont soumises à la procédure. Pour ma part, je préfère la constatation plus précise du juge Cameron, que les dispositions attaquées enfreignent les droits garantis par l'art. 7 parce qu'elles obligent une personne à comparaître à une date et dans un lieu précis, et à subir une procédure d'identification sous peine d'emprisonnement en cas de refus d'obtempérer. L'appelante admet ce point, comme le fait le procureur général du Manitoba. Le litige tourne donc essentiellement autour de la question de savoir si l'atteinte alléguée aux droits garantis par l'art. 7 viole les principes de justice fondamentale. Comme je suis arrivé à la conclusion que ces principes n'ont pas été violés dans ces espèces, je vais limiter mes remarques à cette question.

Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 512, cette Cour a dit que l'on trouve les principes de justice fondamentale non seulement dans les préceptes fondamentaux de notre processus judiciaire, mais aussi dans ceux des autres composantes de notre système juridique. Conformément à cette démarche, la Cour, dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 327, a jugé que, pour déterminer si une législation prévoyant la détention de délinquants dangereux pour une période indéterminée violait les principes de justice fondamentale, il fallait l'examiner en fonction des préceptes fondamentaux de la politique en matière pénale qui animaient la pratique législative et judiciaire au Canada et dans d'autres ressorts de *common law*. En l'espèce, nous procédons à l'évaluation de mesures destinées à faire respecter la loi, plus précisément dans le cadre

have animated legislative and judicial practice in the field.

The majority in the Court of Appeal stressed that for many people it is demeaning to be subjected to the process of fingerprinting, and it cannot be denied that for many the process is distasteful. But it must be remembered that the interest of the public in law enforcement necessitates the subjection of the individual to other distasteful procedures. It is distasteful, and extremely so for some crimes, merely to be charged with an offence, to say nothing of the stigma attached to being arrested, detained and required to answer the charge in a public trial. As Chief Justice Dickson has stated in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 119-20:

An individual charged with a criminal offence faces grave social and personal consequences, including potential loss of physical liberty, subjection to social stigma and ostracism from the community, as well as other social, psychological and economic harms.

The stigma attached to such ordinary aspects of law enforcement and the criminal justice system, I would have thought, far outweighs any feeling of indignity attached to having one's fingerprints taken. Yet I do not think that where there is reasonable and probable cause to believe a person has committed an offence, it can be seriously argued that subjecting a person to these procedures violates the principles of fundamental justice.

The application of s. 2 of the *Identification of Criminals Act* is confined to persons in or deemed to be in lawful custody, who are charged with or have been convicted of an indictable offence. It should be observed that the common law permitted a number of other, in my view more serious, intrusions on the dignity of an individual or persons in custody in the interest of law enforcement. As an incident to a lawful arrest, a peace officer has a right to search the person arrested and to take any property the officer reasonably believes is connected with the offence charged, or any weapon

d'une inculpation, et il y a donc lieu de les examiner en regard des principes applicables et des politiques qui ont animé la pratique législative et judiciaire dans le domaine.

^a La majorité des juges de la Cour d'appel a souligné que, pour beaucoup de gens, il est humiliant d'être soumis à un prélèvement d'empreintes digitales, et il est indéniable que pour beaucoup le procédé est déplaisant. Mais il faut rappeler que l'obligation, d'intérêt public, de faire respecter la loi contraint l'individu à se soumettre à d'autres procédures tout aussi déplaisantes. Il est déplaisant d'être accusé d'une infraction, et cela est même ^b extrêmement désagréable dans le cas de certains crimes, sans parler de la honte de l'arrestation, de la détention et de l'obligation de répondre de l'inculpation au procès. Comme le juge en chef Dickson le dit dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, aux pp. 119 et 120:

^c Un individu accusé d'avoir commis une infraction criminelle s'expose à de lourdes conséquences 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.

^d Les flétrissures liées à ces aspects ordinaires de l'application de la loi et de la justice criminelle dépassent de loin tout sentiment d'indignité que susciterait la prise d'empreintes digitales. Et pourtant je ne pense pas que, lorsqu'il y a des motifs probables et raisonnables de croire qu'une personne a commis une infraction, on puisse sérieusement soutenir que la soumettre à l'une ou l'autre de ces procédures viole les principes de justice fondamentale.

^e L'application de l'art. 2 de la *Loi sur l'identification des criminels* est limitée aux personnes légalement sous garde, ou présumées telles, qui sont accusées ou qui ont été reconnues coupables d'un acte criminel. Il faut souligner que la *common law* autorise plusieurs autres atteintes, à mon avis beaucoup plus graves, à la dignité de l'individu ou des personnes sous garde dans l'intérêt de l'application de la loi. Au cours d'une arrestation licite, un agent de la paix a le droit de procéder à la fouille de la personne arrêtée et de confisquer tout bien qu'il a des raisons de croire lié

found upon such person; see *R. v. Morrison* (1987), 20 O.A.C. 230. This authority is based on the need to disarm an accused and to discover evidence. In the course of custodial arrest an accused may be stripped. Of particular relevance, height, weight and natural or artificial marks on the body, such as birth marks or tattoo marks, may be used for purposes of identification; see *Adair v. M'Garry*, [1933] S.L.T. 482 (J.)

These procedures have been permitted because of the felt need in the community to arm the police with adequate and reasonable powers for the investigation of crime. Should fingerprinting be assimilated to these procedures? Many considerations, we saw, argue for that position. Promptitude and facility in the identification and the discovery of indicia of guilt or innocence are of great importance in criminal investigations. This, along with its certitude, which is critical to the criminal justice system, has resulted in the general use of fingerprinting by police forces throughout the world. What really requires determination is whether in the circumstances the process unduly invades the rights of the accused.

In examining this question one must have a sense of proportion. Is the taking of fingerprints any more serious an invasion of the right of a person in custody than examining the person's body for birthmarks and the like? I do not think so and, as I noted, being arrested and charged for an offence seems to me to be more serious. As Augustus Hand J. stated in *United States v. Kelly*, 55 F.2d 67 (2nd Cir. 1932), at p. 70:

It is no more humiliating than other means of identification that have been universally held to infringe neither constitutional nor common-law rights. Finger printing is used in numerous branches of business and of civil service, and is not in itself a badge of crime. As a physical invasion it amounts to almost nothing, and as a humiliation it can never amount to as much as that caused by the publicity attending a sensational indictment to which innocent men may have to submit.

à l'infraction reprochée, ou toute arme trouvée sur elle; voir *R. v. Morrison* (1987), 20 O.A.C. 230. Ce pouvoir est fondé sur la nécessité de désarmer le prévenu et de réunir des preuves. En détention, après l'arrestation, le prévenu peut être déshabillé. Plus pertinent encore, la taille, le poids et les marques corporelles, naturelles ou artificielles, comme les taches de naissance ou les tatouages, peuvent servir à des fins d'identification; voir *Adair v. M'Garry*, [1933] S.L.T. 482 (J.)

Ces mesures sont autorisées parce que la collectivité reconnaît qu'il faut doter la force policière de moyens adéquats et raisonnables d'investigation du crime. La prise d'empreintes digitales doit-elle être assimilée à ces procédés? De nombreuses considérations, nous venons de le voir, plaident en faveur de cette position. La rapidité et la facilité de l'identification et de la découverte d'indices de culpabilité ou d'innocence ont une grande importance dans les enquêtes criminelles. Cela, ajouté à la certitude à laquelle elle permet d'arriver, point toujours critique quand il s'agit de justice criminelle, a généralisé la prise des empreintes digitales par les forces policières du monde entier. Ce qu'il faut vraiment décider, c'est si, dans les circonstances, ce procédé porte indûment atteinte aux droits de l'inculpé.

Pour trancher une telle question, il faut garder le sens des proportions. Le prélèvement d'empreintes digitales constitue-t-il une atteinte plus grave aux droits du prévenu sous garde qu'un examen corporel, à la recherche de taches de naissance ou autres? Je ne le pense pas et, comme je l'ai noté, être arrêté et accusé d'une infraction me semble beaucoup plus grave. Voici ce que dit le juge Augustus Hand dans la décision *United States v. Kelly*, 55 F.2d 67 (2nd Cir. 1932), à la p. 70:

[TRADUCTION] Ce n'est pas plus humiliant que d'autres procédés d'identification qui, suivant l'opinion universellement acceptée, n'enfreignent aucun droit constitutionnel ni de *common law*. On a recours à la prise d'empreintes digitales dans de nombreuses branches du commerce et dans la fonction publique, ce n'est pas en soi la marque infamante du crime. L'atteinte physique est minime et l'humiliation qu'elle suscite ne peut se comparer à celle que cause la publicité entourant la mise en accusation sensationnelle d'un innocent.

The view expressed in *United States v. Kelly, supra*, was soon afterwards mirrored by the Scottish case of *Adair v. M'Garry, supra*, in 1933, which made clear that the Court there regarded the practice of custodial fingerprinting as comparatively innocuous, one that if denied would hamper the police in the investigation and detection of crime. Canadian courts have tended to follow that case and the great weight of authority in this country is that custodial fingerprinting is justifiable at common law; see *R. v. Buckingham and Vickers* (1943), 86 C.C.C. 76 (B.C.S.C.); *R. v. Hayward* (1957), 118 C.C.C. 365, at p. 372 (N.B.C.A.); *R. v. Nowakowski* (1977), 40 C.R.N.S. 144 (B.C.S.C.); *R. v. McLarty (No. 2)* (1978), 40 C.C.C. (2d) 72 (Ont. Ct. S.P.); *R. v. Jacobson*, Ont. Dist. Ct., January 31, 1978, unreported; see also *R. v. Nielsen and Stolar* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39 (Man. C.A.), leave to appeal refused [1985] 1 S.C.R. xi. In *R. v. A.N.* (1978), 2 C.R. (3d) 55 (B.C.C.A.), aff'g *R. v. Nowakowski, supra*, it is true, Branca J.A. expressed a contrary view, but the other members of the court expressed no opinion on the matter and that court later indicated in *Brown v. Baugh and Williams* (1982), 70 C.C.C. (2d) 71 (B.C.C.A.), that it might be inclined to the view that the common law would permit the police to fingerprint a suspect in the proper circumstances and using reasonable force (aff'd [1984] 1 S.C.R. 192, without reference to this point).

In England the issue is not fully settled, but the courts seem to be leaning in the same direction. It is true that Scott, L.J. in *Dumbell v. Roberts*, [1944] 1 All E.R. 326 (C.A.), expressed the view that the taking of fingerprints of a person charged but not convicted was inconsistent with the presumption of innocence. However, in *Callis v. Gunn*, [1963] 3 All E.R. 677 (Q.B.D.), at p. 681, Lord Parker C.J., after noting that the other members of the court did not address the issue, referred favourably to *Adair v. M'Garry, supra*. However that may be, in the United States, the *Kelly* decision, *supra*, has been followed and quoted

L'opinion exprimée dans la décision *United States v. Kelly*, précitée, a été reprise peu après dans la décision écossaise *Adair v. M'Garry*, précitée, en 1933, qui a clairement montré que la cour considérait la pratique de la prise d'empreintes digitales en détention comme relativement inoffensive, une pratique qu'on ne pouvait interdire sans gêner l'investigation et le dépistage du crime par la police. Les tribunaux canadiens ont eu tendance à suivre cette décision et le gros de la jurisprudence de notre pays dit que la prise des empreintes digitales de personnes en détention est justifiable en *common law*; voir *R. v. Buckingham and Vickers* (1943), 86 C.C.C. 76 (C.S.C.-B.); *R. v. Hayward* (1957), 118 C.C.C. 365, à la p. 372 (C.A.N.-B.); *R. v. Nowakowski* (1977), 40 C.R.N.S. 144 (C.S.C.-B.); *R. v. McLarty (No. 2)* (1978), 40 C.C.C. (2d) 72 (C.S.P. Ont.); *R. v. Jacobson*, C. dist. Ont., le 31 janvier 1978, inédit; voir aussi *R. v. Nielsen and Stolar* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39 (C.A. Man.), autorisation de pourvoi refusée [1985] 1 R.C.S. xi. Il est vrai que, dans l'arrêt *R. v. A.N.* (1978), 2 C.R. (3d) 55 (C.A.C.-B.), conf. *R. v. Nowakowski*, précité, le juge d'appel Branca a exprimé l'avis contraire, mais les autres juges de la cour n'ont exprimé aucune opinion sur la question; la cour a montré ultérieurement, dans l'arrêt *Brown v. Baugh and Williams* (1982), 70 C.C.C. (2d) 71 (C.A.C.-B.), qu'elle pourrait être encline à considérer que la *common law* autorise la police à prendre les empreintes d'un suspect dans des circonstances appropriées, en ayant recours à la force raisonnable (conf. par [1984] 1 R.C.S. 192, sans mention de ce point).

En Angleterre, la question n'est pas définitivement réglée, mais les tribunaux semblent aller dans ce sens. Il est vrai que le lord juge Scott, dans l'arrêt *Dumbell v. Roberts*, [1944] 1 All E.R. 326 (C.A.), a exprimé l'avis que la prise des empreintes digitales d'un prévenu qui n'avait pas été reconnu coupable était incompatible avec la présomption d'innocence. Toutefois, dans l'arrêt *Callis v. Gunn*, [1963] 3 All E.R. 677 (Q.B.D.), à la p. 681, le juge en chef, lord Parker, après avoir noté que les autres membres de la cour ne s'étaient pas prononcés sur la question, s'est dit favorable à la décision *Adair v. M'Garry*, précitée. Quoi qu'il en soit, aux

approvingly by most courts, and as has been said, "As a general rule, in the absence of statute, peace officers will be permitted to record the fingerprints of persons lawfully arrested on a felony charge"; see Andre A. Moenssens, *Fingerprints and the Law* (1969), c. 4, at p. 43 (the author reviews the cases at pp. 40-43). In fact, there is persuasive authority that their power extends to misdemeanours and can, in certain circumstances, be used as an investigatory tool in the absence of arrest; see *Hayes v. Florida*, 470 U.S. 811 (1985), at p. 816.

I find it unnecessary to consider the latter point or, indeed, to decide definitively whether in the absence of statute, a peace officer would, at common law, have authority to require an accused person in custody on a charge for an indictable offence to be fingerprinted. That is provided for by the impugned measures. But it seems to me the common law experience strongly supports the view that subjecting a person to being fingerprinted in those circumstances does not violate fundamental justice.

While the common law is, of course, not determinative in assessing whether a particular practice violates a principle of fundamental justice, it is certainly one of the major repositories of the basic tenets of our legal system referred to in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*. The common law experience reveals that the vast majority of judges who have had to consider the matter have not found custodial fingerprinting fundamentally unfair. Indeed they were prepared to accept the procedure as permissible at common law and as being similar in principle to the authority to physically restrain a person in custody, and to physically search that person; see *Adair v. M'Garry*, *supra*.

Legislative practice has been similar. This country is by no means alone in authorizing the police to fingerprint persons in custody for indictable

États-Unis, la décision *Kelly*, précitée, a été suivie et citée avec approbation par la plupart des tribunaux et, comme il a été dit, [TRADUCTION] «en règle générale, en l'absence de législation, les agents de la paix seront autorisés à prélever les empreintes digitales des personnes licitement arrêtées dans les cas d'inculpation pour un acte criminel»; voir Andre A. Moenssens, *Fingerprints and the Law* (1969), chap. 4, à la p. 43 (l'auteur passe en revue la jurisprudence aux pp. 40 à 43). En fait, il existe une doctrine et une jurisprudence convaincantes selon lesquelles ce pouvoir s'étend même aux infractions mineures et peut, dans certaines circonstances, servir à des enquêtes, même sans arrestation; voir *Hayes v. Florida*, 470 U.S. 811 (1985), à la p. 816.

J'estime inutile d'examiner ce dernier point ou de décider de façon définitive si, en l'absence de législation, un agent de la paix peut en *common law* exiger la prise des empreintes digitales d'une personne mise sous garde et accusée d'un acte criminel. Les mesures contestées pourvoient à cela. Mais il me semble que l'expérience de la *common law* appuie fortement l'opinion selon laquelle la prise d'empreintes digitales dans ces circonstances ne viole pas la justice fondamentale.

Bien que la *common law* ne soit pas concluante pour déterminer si une pratique donnée viole un principe de justice fondamentale, elle est certainement l'une des sources principales des préceptes fondamentaux de notre système juridique dont parle le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité. L'expérience de la *common law* montre que la grande majorité des juges saisis de la question n'ont pas jugé fondamentalement injuste le prélèvement des empreintes digitales de personnes en détention. En vérité, ils se sont montrés prêts à reconnaître la procédure acceptable aux yeux de la *common law* et, en principe, à faire un parallèle entre celle-ci et le pouvoir de contraindre physiquement une personne sous garde et de procéder à la fouille de cette personne; voir *Adair v. M'Garry*, précité.

La pratique législative va dans le même sens. Notre pays est loin d'être le seul à autoriser les forces de police à prendre les empreintes de per-

offences. There is legislation of this kind in the United Kingdom (see *Police and Criminal Evidence Act 1984* (U.K.), 1984, c. 60) and in a large number of the states of the United States; see Moenssens, *supra*, at pp. 43-60. While not conclusive, this too suggests that compulsory custodial fingerprinting does not offend against the principles of fundamental justice.

Nor, despite the differences in the two constitutions, is it without relevance that attempts to have custodial fingerprinting declared unconstitutional under the comparable provision under the United States Constitution, and for that matter other provisions of that Constitution, have been almost uniformly rejected; see Moenssens, *supra*, at pp. 62-72. The experience regarding other provisions of the *Charter*, which I shall examine later, is also indicative of the view that should be taken on this issue. Leaving aside questions respecting procedure that should be followed before fingerprints are taken, the foregoing material all point to the conclusion that custodial fingerprinting does not violate the principles of fundamental justice.

The respondents in these cases were not in custody, but were nonetheless required to subject themselves to fingerprinting. Their position, however, should not for this purpose differ from that of a person who has been arrested. Before the *Bail Reform Act*, they could have been arrested on the basis that there were reasonable and probable grounds that they had committed the offences charged. I cannot see how they can complain about a procedure, like that in the *Bail Reform Act*, that permits a lesser intrusion than arrest but requires them to conform to a procedure to which they could be subjected if arrested.

sonnes inculpées d'acte criminel et placées sous garde. Il y a une loi de ce genre au Royaume-Uni (voir *Police and Criminal Evidence Act 1984* (R.-U.), 1984, chap. 60) et dans un grand nombre d'États aux États-Unis; voir Moenssens, précité, aux pp. 43 à 60. Certes rien de cela n'est décisif, mais la tendance indique que le prélèvement obligatoire des empreintes digitales des personnes placées sous garde ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale.

Il est intéressant de noter qu'en dépit des différences des deux constitutions, les tentatives de faire déclarer inconstitutionnelle la prise des empreintes digitales des personnes placées en détention, sur le fondement d'une disposition comparable de la Constitution des États-Unis ou en vertu d'autres dispositions de cette constitution, ont presque toutes uniformément été rejetées; voir Moenssens, précité, aux pp. 62 à 72. L'expérience découlant de l'interprétation d'autres dispositions de la *Charte*, que j'examine plus loin, est aussi révélatrice de l'opinion qu'on devrait se faire de cette question. Mises à part les questions concernant la procédure à suivre avant le prélèvement des empreintes digitales, l'ensemble de ce qui précède incite à conclure que la prise des empreintes des personnes placées en détention ne viole pas les principes de justice fondamentale.

Les intimés dans les présentes espèces n'étaient pas sous garde, mais il leur a été demandé de donner leurs empreintes. Toutefois, leur situation à cette fin n'est pas différente de celle d'une personne qui a été arrêtée. Avant l'adoption de la *Loi sur la réforme du cautionnement*, ils auraient pu être arrêtés puisqu'il y avait des motifs raisonnables et probables de croire qu'ils avaient commis les infractions dont ils étaient accusés. Je ne vois pas comment ils peuvent se plaindre d'une procédure qui, comme celle qui est prévue dans la *Loi sur la réforme du cautionnement*, constitue une intrusion moindre que l'arrestation, mais les oblige à se soumettre à une procédure à laquelle ils auraient pu être forcés de se soumettre s'ils avaient été arrêtés.

Arbitrariness

The judges in the Court of Appeal were of the view that the impugned provisions violated the principles of fundamental justice because they operated in an arbitrary manner. Before entering into a discussion of the specific shortcomings they attributed to these provisions, it is useful to look at the legislation generally from the standpoint of arbitrariness.

I begin by referring to what has already been said regarding the purposes of the legislation and the many uses to which fingerprinting has been put in effecting those purposes. In brief, the main purposes of the *Identification of Criminals Act* and the allied provisions of the *Code*, as they apply to a person charged with but not convicted of an offence, are to establish the identity and criminal record of the accused, to discover whether there are warrants outstanding for his arrest or if he has escaped from lawful custody, and, in some cases, to gather evidence which may be relevant to the question of whether or not he committed the crime with which he has been charged.

As already noted, it is appropriate and necessary for peace officers to check, confirm, or establish the identity of accused persons in a wide variety of situations. In urban areas, in particular, individuals are relatively anonymous. Virtually everywhere the population is very mobile. Peace officers themselves relocate and find themselves working in new communities, and thus may fail to recognize even long-time residents. In this social context, the fact that accused persons often try to conceal their true identity or criminal past, and sometimes jeopardize innocent persons in the process, will very frequently justify the imposition of a requirement to submit to fingerprinting. That is what the impugned legislation seeks to do.

The legislation is not arbitrary in its scope. The *Identification of Criminals Act* and ss. 453.3(3) and 455.5(5) of the *Criminal Code* do not create an arbitrary or irrational statutory scheme. They apply only with respect to three categories of accused persons who have not been convicted of an indictable offence:

L'arbitraire

Les juges de la Cour d'appel sont d'avis que les dispositions contestées violent les principes de justice fondamentale parce qu'elles jouent arbitrairement. Avant de s'engager dans l'analyse des faiblesses précises qu'ils attribuent à ces dispositions, il est utile de considérer la législation dans son ensemble du point de vue de l'arbitraire.

Revenons d'abord à ce que j'ai déjà dit des fins visées par la législation et des diverses utilisations faites des empreintes digitales pour la réalisation de ces fins. En résumé, les fins principales de la *Loi sur l'identification des criminels* et des dispositions connexes du *Code*, en ce qui concerne un inculpé qui n'a pas été reconnu coupable de l'infraction, sont d'établir son identité et son casier judiciaire, de savoir si des mandats en vigueur le concernant ont été lancés ou si, étant légalement sous garde, il se serait évadé et enfin, dans certains cas, de réunir des preuves qui permettent de déterminer s'il a ou non commis le crime dont on l'accuse.

Comme je l'ai déjà noté, il est opportun et nécessaire que les agents de la paix vérifient, confirment ou établissent l'identité de l'inculpé dans des situations très diverses. Dans les zones urbaines, en particulier, l'anonymat est la règle. Presque partout, la population est très mobile. Les agents de la paix eux-mêmes changent d'affectation et doivent donc parfois exercer leurs fonctions dans de nouvelles localités où ils ne peuvent même pas reconnaître les résidents de longue date. Dans ce contexte social, le fait que les inculpés cherchent fréquemment à cacher leur véritable identité ou leur passé criminel, au dépens d'innocents parfois, justifie très souvent l'obligation de prendre les empreintes digitales. C'est ce que la législation attaquée cherche à faire.

La législation n'est pas arbitraire dans son champ d'application. La *Loi sur l'identification des criminels* et les par. 453.3(3) et 455.5(5) du *Code criminel* n'instaurent pas de structure légale arbitraire ou irrationnelle. Ils ne s'appliquent qu'à trois catégories d'inculpés non reconnus coupables d'un acte criminel, c'est-à-dire:

- | | |
|--|---|
| <p>(i) those whom a peace officer has reasonable and probable grounds to believe have committed an indictable offence and who are arrested in consequence; (s. 450(1), <i>Criminal Code</i>)</p> | <p>(i) ceux qui sont arrêtés parce qu'un agent de la paix a des motifs raisonnables et probables de croire qu'ils ont commis un acte criminel; (par. 450(1), <i>Code criminel</i>)</p> |
| <p>(ii) those whom any person has reasonable and probable grounds to believe have committed an indictable offence, and concerning whom a justice considers that the case for issuing a summons or a warrant has been made out; (s. 455.3, <i>Criminal Code</i>)</p> | <p>(ii) ceux dont une personne a des motifs raisonnables et probables de croire qu'ils ont commis un acte criminel et à l'égard desquels un juge de paix a décerné une sommation ou un mandat parce qu'il estimait qu'il avait été démontré qu'il était justifié de le faire; (art. 455.3, <i>Code criminel</i>)</p> |
| <p>(iii) those charged with an indictable offence to whom a peace officer has issued an appearance notice, and concerning whom a justice, having heard that the peace officer has personal knowledge or reasonable and probable grounds for believing that the accused has committed the offence, considers that the case for confirming the appearance notice, or for issuing a summons or warrants has been made out; (ss. 455.1 and 455.4 and Form 2, <i>Criminal Code</i>)</p> | <p>(iii) ceux qui sont accusés d'avoir commis un acte criminel, auxquels un agent de la paix a délivré une citation à comparaître et à l'égard desquels un juge de paix confirme la citation à comparaître ou lance une sommation ou un mandat, estimant qu'on a démontré qu'il est justifié de le faire, après avoir entendu un agent de la paix déclarer avoir une connaissance personnelle de l'infraction ou des motifs raisonnables et probables de croire que l'inculpé a commis l'infraction; (art. 455.1, 455.4 et Formule 2, <i>Code criminel</i>)</p> |

The impugned provisions, therefore, operate only with respect to indictable offences which, obviously, constitute the most serious category of criminal offences. Moreover, with respect to each class of accused there must be reasonable and probable grounds to believe that the persons involved have committed an indictable offence. In the case of the last two categories noted above, a justice must be satisfied that a case has been made out for confirming or issuing a process requiring the accused to appear in court.

Nor does the statute grant unlimited powers to use unrestricted methods to establish identity. Only processes which have been sanctioned by the Governor in Council are authorized. The processes that have been approved are universally accepted as reliable and efficient and as minimally intrusive upon the individual.

Les dispositions contestées, par conséquent, ne jouent que dans le cas des actes criminels qui, évidemment, constituent la catégorie des infractions criminelles les plus graves. De plus, dans le cas de chaque catégorie d'accusés, il doit y avoir des motifs raisonnables et probables de croire que les personnes visées ont commis l'acte criminel. Dans le cas des deux dernières catégories mentionnées ci-dessus, il faut convaincre le juge de paix de la nécessité de confirmer ou de délivrer un acte obligeant l'inculpé à comparaître devant le tribunal.

La Loi ne confère pas non plus le pouvoir illimité de recourir à n'importe quelle méthode d'identification. Seuls les procédés sanctionnés par le gouverneur en conseil sont autorisés. Ces procédés ont été approuvés et sont universellement acceptés parce qu'ils sont jugés fiables, efficaces et parce qu'ils ne représentent qu'une intrusion minime dans l'intimité de l'individu.

What troubled the Court of Appeal was not so much the scope of the legislation, but its differential operation and the inadequacy of the procedures in this regard. The impugned legislation, the judges noted, permits the taking of fingerprints; it does not require it. The police, therefore, have a discretion whether to take or not to take the fingerprints of an accused. For the Court of Appeal, the failure of the provisions to either eliminate or to narrow or define the basis of discretion constituted a violation of fundamental justice. Fingerprints, they stated, can be demanded even when there is no justification for requiring them. This problem, they believed, could be solved by requiring an officer to show reasonable and probable grounds for believing fingerprinting is necessary.

The trouble with this approach, in my respectful view, is that it fails to keep in mind the numerous and varied functions of fingerprints, and that they may be useful in almost any case. It could seriously impede criminal investigations to impose rigid guidelines and place upon the courts the burden of determining on second-hand knowledge that fingerprinting does not meet any of the important purposes for which it might legitimately be used.

The existence of the discretion conferred by the statutory provisions does not, in my view, offend principles of fundamental justice. Discretion is an essential feature of the criminal justice system. A system that attempted to eliminate discretion would be unworkably complex and rigid. Police necessarily exercise discretion in deciding when to lay charges, to arrest and to conduct incidental searches, as prosecutors do in deciding whether or not to withdraw a charge, enter a stay, consent to an adjournment, proceed by way of indictment or summary conviction, launch an appeal and so on.

Ce qui a troublé la Cour d'appel, ce n'est pas tant la portée de la législation que son application différente selon les cas et l'insuffisance des procédures à cet égard. La législation contestée, notent les juges, autorise la prise des empreintes; elle ne l'exige pas. Les forces policières, par conséquent, ont le pouvoir discrétionnaire de prélever ou de ne pas prélever les empreintes d'un inculpé. Pour les juges de la Cour d'appel, l'absence de dispositions qui, soit éliminent, soit encadrent ce pouvoir discrétionnaire ou en définissent le fondement, constitue une violation de la justice fondamentale. Les empreintes digitales, disent-ils, peuvent être exigées même si rien ne justifie de les demander. Ce problème pourrait être résolu, selon eux, en obligeant l'agent à indiquer les motifs raisonnables et probables qu'il a de croire à la nécessité de prélever les empreintes.

Le problème avec une telle démarche, à mon avis, c'est qu'elle ne tient pas compte de la diversité des fonctions des empreintes digitales et du fait qu'elles peuvent être utiles dans presque tous les cas. On pourrait nuire considérablement aux enquêtes criminelles en édictant des directives rigides et en imposant aux tribunaux le fardeau de décider, sur des renseignements de seconde main, que les empreintes ne peuvent servir aucune des fins importantes pour lesquelles elles pourraient légitimement être employées.

L'existence d'un pouvoir discrétionnaire conféré par ces dispositions législatives ne porte pas atteinte, à mon avis, aux principes de justice fondamentale. Le pouvoir discrétionnaire est une caractéristique essentielle de la justice criminelle. Un système qui tenterait d'éliminer tout pouvoir discrétionnaire serait trop complexe et rigide pour fonctionner. Les forces policières exercent nécessairement un pouvoir discrétionnaire quand elles décident de porter des accusations, de procéder à une arrestation et aux fouilles et perquisitions qui en découlent, tout comme la poursuite quand elle décide de retirer un accusation, de demander une suspension, de consentir à un ajournement, de procéder par voie d'acte d'accusation plutôt que par voie de déclaration sommaire de culpabilité, de former appel, etc.

The *Criminal Code* provides no guidelines for the exercise of discretion in any of these areas. The day to day operation of law enforcement and the criminal justice system nonetheless depends upon the exercise of that discretion.

This Court has already recognized that the existence of prosecutorial discretion does not offend the principles of fundamental justice; see *R. v. Lyons, supra*, at p. 348; see also *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at pp. 303-4. The Court did add that if, in a particular case, it was established that a discretion was exercised for improper or arbitrary motives, a remedy under s. 24 of the *Charter* would lie, but no allegation of this kind has been made in the present case.

The judges in the Court of Appeal thought their objections to the discretionary features of the legislation could be met if the following conditions were satisfied: a peace officer, in addition to having reasonable and probable grounds for believing the accused had committed an offence, had reasonable and probable grounds for believing that fingerprinting would likely provide evidence relating to the offences, or reasonably doubted the identity of the accused, or believed on reasonable and probable grounds that fingerprinting would provide evidence of the subject's identity. In this context, they cited the *Police and Criminal Evidence Act 1984* (U.K.), c. 60, s. 61, and the Law Reform Commission of Canada's study, *Investigative Tests* (1984). I am by no means sure this does not ignore the wide variety of reasons for which fingerprints may legitimately be used. Nor am I convinced these additional steps would afford any significant protection to an accused, and if more stringent requirements were imposed they could unduly limit the police in the exercise of their duty to investigate crime; see, in this context, similar considerations expressed in relation to bodily searches in *United States v. Robinson*, 414 U.S. 218 (1973), at p. 235, *per* Rehnquist J., and at pp. 237-38, *per* Powell J. Assuming such procedures (or a provision such as that which appears in the British Act requiring that a decision to fingerprint be made by a senior officer) would constitute some

Le Code criminel ne donne aucune directive sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans aucun de ces cas. L'application de la loi et le fonctionnement de la justice criminelle n'en dépendent pas moins, quotidiennement, de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

Cette Cour a déjà reconnu que le pouvoir discrétionnaire de la poursuite ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale, voir *R. c. Lyons*, précité, à la p. 348, voir aussi *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, aux pp. 303 et 304. La Cour a néanmoins ajouté que si, dans un cas particulier, il était établi qu'un pouvoir discrétionnaire était exercé pour des motifs irréguliers ou arbitraires, il existerait un recours en vertu de l'art. 24 de la *Charte*, mais aucune allégation de ce genre n'a été faite en l'espèce.

Les juges de la Cour d'appel pensent qu'on peut répondre à leurs objections concernant les aspects discrétionnaires de la législation en imposant les conditions suivantes: un agent de la paix, en plus d'avoir des motifs raisonnables et probables de croire que l'inculpé a commis l'infraction, a également des motifs raisonnables et probables de croire que le prélèvement des empreintes permettra de découvrir des preuves relatives aux infractions, ou a un doute raisonnable sur l'identité de l'inculpé, ou encore a des motifs raisonnables et probables de croire que le prélèvement des empreintes apportera des éléments de preuve sur l'identité du sujet. Dans ce contexte, ils citent la *Police and Criminal Evidence Act 1984* (R.-U.), chap. 60, art. 61 et l'étude de la Commission de réforme du droit du Canada intitulée *Les méthodes d'investigation scientifiques* (1984). Je suis loin d'être sûr qu'on n'oublie pas alors la grande variété de raisons pour lesquelles on peut légitimement prendre les empreintes digitales. Je ne suis pas convaincu non plus que ces mesures supplémentaires offriraient une protection véritable à l'inculpé et, si des exigences plus strictes devaient être imposées, elles pourraient entraver indûment l'exercice par les forces policières de leur fonction d'investigation du crime; voir, dans ce contexte, les arguments semblables exprimés au sujet des fouilles corporelles dans *United States v. Robinson*, 414 U.S. 218 (1973), à la p. 235, *per* le juge Rehnquist, et aux pp. 237 et 238, *per* le juge

improvement to the present unstructured system, I do not think it is constitutionally mandated. As the Court stated in *Lyons, supra*, at p. 362, s. 7 of the *Charter* guarantees fair procedures but it does not guarantee the most favourable procedures that can possibly be imagined. In my view, the requirements necessary to issue and confirm an appearance notice offer a sufficient safeguard to meet the requirements of fundamental justice for the taking of fingerprints.

Many of the matters relevant here are more directly related to the arguments regarding privacy raised in the judgment of Cameron J.A., a matter to which I now turn.

Privacy

Cameron J.A. thought the impugned provisions offended against the principles of fundamental justice by violating the respondents' privacy, and he here quite legitimately referred to ss. 8 to 14 as "an invaluable key to the meaning of 'principles of fundamental justice'". He particularly relied on this Court's decision in *Hunter v. Southam Inc., supra*.

I rather think most of the arguments advanced in this context are fully answered by what has already been said earlier. I shall nonetheless attempt to deal with them specifically.

Assuming section 7 includes a right to privacy such as that inhering in the guarantee against unreasonable searches and seizures in s. 8 of the *Charter*, a proposition for which I have considerable sympathy, it must be remembered that the present Chief Justice in *Southam* was careful to underline that what the Constitution guaranteed was a "reasonable expectation" of privacy (at p. 159).

Powell. À supposer qu'une procédure de ce genre (ou une disposition équivalente à celle de la loi anglaise exigeant que la décision de procéder au prélèvement des empreintes digitales soit prise par un officier supérieur) améliore dans une certaine mesure le système actuel non structuré, je ne pense pas qu'elle soit constitutionnellement requise. Comme le dit la Cour dans l'arrêt *Lyons*, précité, à la p. 362, l'art. 7 de la *Charte* garantit des procédures équitables sans pour autant garantir les procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer. À mon avis, les exigences imposées pour délivrer et confirmer une citation à comparaître offrent une garantie suffisante du respect des exigences de la justice fondamentale.

Beaucoup des points qui sont ici en cause ont un rapport plus direct avec les arguments relatifs à la vie privée et à l'inviolabilité de la personne avancés dans l'opinion du juge Cameron, question vers laquelle je me tourne maintenant.

La vie privée et l'inviolabilité de la personne

Le juge Cameron pense que les dispositions contestées contreviennent aux principes de justice fondamentale en portant atteinte à l'inviolabilité de la personne des intimés, et, fort légitimement, il qualifie les art. 8 à 14 de [TRADUCTION] «clé inestimable pour l'interprétation des «principes de justice fondamentale»». Il s'appuie tout particulièrement sur l'arrêt de cette Cour *Hunter c. Southam Inc.*, précité.

Je crois qu'il a été pleinement répondu aux arguments avancés dans ce domaine par ce qui a été dit précédemment. Je vais néanmoins tenter d'en traiter expressément.

À supposer que l'art. 7 assure la protection d'un droit à la vie privée comme le droit qui est inhérent à la garantie contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives de l'art. 8 de la *Charte*, une proposition que je serais enclin à admettre, il faut se rappeler que le Juge en chef actuel, dans l'arrêt *Southam*, a pris soin de souligner que la Constitution garantissait une «attente raisonnable» en ce qui concerne la protection de la vie privée (à la p. 159).

It seems to me that a person who is arrested on reasonable and probable grounds that he has committed a serious crime, or a person against whom a case for issuing a summons or warrant, or confirming an appearance notice has been made out, must expect a significant loss of personal privacy. He must expect that incidental to his being taken in custody he will be subjected to observation, to physical measurement and the like. Fingerprinting is of that nature. While some may find it distasteful, it is insubstantial, of very short duration, and leaves no lasting impression. There is no penetration into the body and no substance is removed from it.

I am unable to accept that a provision providing for fingerprinting as an incident of being taken into custody for a serious crime violates the principles of fundamental justice. While a search of one's premises requires a prior authorization based on reasonable and probable grounds to believe both that the offence has been committed and that evidence will be found, the custodial fingerprinting process is entirely different. It involves none of the probing into an individual's private life and effects that mark a search.

Apart from this, the invasion of privacy on arrest on reasonable and probable grounds is a far more serious violation of the right to privacy. It is not significantly aggravated by the taking of the fingerprints of the person in custody. As already mentioned, there are many cases where the United States courts, including the Supreme Court, have refused to accord constitutional protection against a general discretion in the police to take fingerprints from persons in custody; see Moenssens, *supra*, at pp. 62-70.

Retention of Prints

Finally, the Court of Appeal was much affected by the fact that there was no provision for the destruction of the fingerprints of an accused who

Il me semble que, lorsqu'une personne est arrêtée parce qu'il y a des motifs raisonnables et probables de croire qu'elle a commis un crime grave ou lorsqu'il a été démontré qu'il y a lieu de délivrer une sommation ou un mandat d'arrestation ou de confirmer une citation à comparaître, l'intéressé doit s'attendre à une atteinte importante à sa vie privée. Il doit s'attendre à ce qu'en corollaire à sa mise sous garde, il sera mis sous observation et devra se soumettre à la prise de mensurations, etc. La prise des empreintes digitales est de cette nature. Certains peuvent évidemment trouver le procédé déplaisant, mais il est anodin, ne prend que très peu de temps et ne laisse aucune séquelle durable. Rien n'est introduit dans le corps et il n'en est prélevé aucune substance.

Je ne puis admettre qu'une disposition prévoyant la prise des empreintes digitales, en corollaire d'une mise sous garde, dans le cas d'un crime grave, viole les principes de justice fondamentale. Certes la perquisition d'un domicile requiert une autorisation préalable, fondée sur des motifs raisonnables et probables de croire à la fois qu'il y a eu infraction et que l'on pourra y trouver des éléments de preuve, cependant la procédure de prise d'empreintes digitales en détention est totalement différente. Elle ne comporte pas cette immixtion dans la vie privée et les biens d'un individu qui caractérise une perquisition.

Cela mis à part, l'atteinte à la vie privée que constitue l'arrestation fondée sur des motifs raisonnables et probables, est une violation beaucoup plus grave du droit à la vie privée. Elle n'est guère aggravée par la prise des empreintes digitales du détenu. Comme je l'ai déjà mentionné, une jurisprudence fort abondante aux États-Unis, y compris certains arrêts de la Cour suprême, refuse d'accorder une protection constitutionnelle contre le pouvoir discrétionnaire général de la force policière de prendre les empreintes digitales des personnes sous garde; voir Moenssens, précité, aux pp. 62 à 70.

La conservation des empreintes

Enfin la Cour d'appel a été très influencée par l'absence de disposition prévoyant la destruction des empreintes digitales d'un inculpé qui n'est pas

was not convicted. This issue raises important considerations, but it does not arise on the facts of the present case. The fingerprints of the respondents were never taken so they could not, therefore, be retained. I rather doubt that s. 2 of the *Identification of Criminals Act* deals with this at all, but if it does it has nothing to do with the taking of fingerprints which is covered by ss. 2(1) and (2). Section 2(3) does provide for publication of the results of tests for the purpose of affording information for those engaged in the execution or administration of the law, but I do not think it authorizes their unconstitutional retention.

Other Charter Rights

In the courts below, counsel relied on ss. 8, 9, 10, 11(c) and (d) in addition to s. 7 of the *Charter*. No argument was addressed to this Court on any of these issues, although counsel for Beare declared he had not abandoned them. In the absence of argument, it is difficult to deal with these issues and I propose to do so as best I can in the most narrow and summary fashion possible.

Section 8 guarantees the right to be secure against unreasonable search and seizure. Assuming fingerprinting can be looked upon as a search (a view which has been rejected in those cases that have considered it; see *R. v. McGregor* (1983), 3 C.C.C. (3d) 200 (Ont. H.C.), and *Re M. H. and The Queen* (No. 2) (1984), 17 C.C.C. (3d) 443 (Alta. Q.B.), aff'd without written reasons (1985), 21 C.C.C. (3d) 384 (Alta. C.A.), leave to appeal to this Court granted September 19, 1985, [1985] 2 S.C.R. ix), it seems clear that fingerprinting would not be unreasonable in the present cases for the same reasons that it does not violate the principles of fundamental justice.

Section 9 gives the right not to be arbitrarily detained or imprisoned. I have largely dealt with this issue in examining arbitrariness in relation to s. 7. Apart from that, its relevance is not immediately apparent. The respondents could have been arrested on the basis that there was reasonable and probable cause for their arrests and, as I noted

reconnu coupable. Cette question soulève d'importantes considérations, mais elle ne se pose pas dans les faits en cause. Les empreintes des intimés n'ont jamais été prélevées, de sorte qu'elles ne peuvent pas être conservées. Je serais plutôt porté à douter que l'art. 2 de la *Loi sur l'identification des criminels* traite même de ce point mais, si c'est le cas, cela n'a rien à voir avec le prélèvement des empreintes, visé par les par. 2(1) et (2). Le paragraphe 2(3) prévoit bien la publication des fiches, à titre de renseignements à l'usage des responsables de l'exécution ou de l'application de la loi, mais je ne pense pas qu'il autorise leur conservation inconstitutionnelle.

Autres droits garantis par la Charte

Devant les tribunaux d'instance inférieure, les avocats se sont fondés sur les art. 8, 9, 10 et les al. 11(c) et (d), outre l'art. 7 de la *Charte*. On n'a fait valoir aucun argument devant cette Cour sur ces points, quoique l'avocat de Beare ait déclaré ne pas abandonner ces moyens. Sans débat sur ces points, il est difficile d'en traiter. Je me propose donc de le faire de mon mieux mais aussi strictement et succinctement que possible.

L'article 8 garantit le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. À supposer qu'on puisse considérer le prélèvement d'empreintes digitales comme une fouille (une opinion rejetée dans les affaires qui en traitent; voir *R. v. McGregor* (1983), 3 C.C.C. (3d) 200 (H.C. Ont.), et *Re M. H. and The Queen* (No. 2) (1984), 17 C.C.C. (3d) 443 (B.R. Alb.) conf. sans motifs écrits (1985), 21 C.C.C. (3d) 384 (C.A. Alb.), autorisation de pourvoi en cette Cour accordée le 19 septembre 1985, [1985] 2 R.C.S. ix), il semble clair que la prise des empreintes digitales n'est pas déraisonnable dans les présentes espèces pour les mêmes raisons qu'il ne viole pas les principes de justice fondamentale.

L'article 9 confère le droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires. J'ai largement traité de cette question dans mon examen de l'arbitraire au regard de l'art. 7. Cela mis à part, sa pertinence ne saute pas immédiatement aux yeux. Les intimés auraient pu être arrêtés en raison de l'existence de motifs raisonnables

earlier, I cannot see how they can complain about a procedure that permits their not being arrested under the provisions of the *Bail Reform Act* subject to their being required to comply with an appearance notice to present themselves to conform to a procedure for which they could be subjected if they had been arrested; see in this context *Re Jamieson and The Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 430 (Que. S.C.), *Re McGregor*, *supra*, and *R. v. Halpern* (1986), 73 A.R. 276 (Q.B.)

I am unable to grasp the significance of s. 10 (the right to counsel) to these issues in the circumstances of these cases. Nor do I see how the respondents could be said to be witnesses in proceedings against themselves under s. 11(c) of the *Charter* (see *Re Jamieson and The Queen*, *supra*; see also the cases on the much broader provision of the Fifth Amendment against self-incrimination in the United States Constitution, particularly *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966), at p. 764, discussed in Moenssens, *supra*, at pp. 62-66.

Section 11(d) guarantees a fair trial. If the fingerprints were obtained in a manner consistent with the principles of fundamental justice, it is not readily apparent how their use as evidence could affect the fairness of a trial.

Section 1 of the Charter

Since I have determined that the taking of fingerprints in the present cases does not violate the principles of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Charter*, it becomes unnecessary to consider s. 1 of the *Charter*.

Disposition

Since the Court has already allowed the appeals, it only remains to reply to the constitutional questions and to dispose of the matter of costs. For the reasons given, I would reply to the first constitutional question in each case in the negative. It, therefore, becomes unnecessary to deal with the second constitutional questions. As to costs, I see

et probables justifiant leur arrestation et, comme je l'ai dit précédemment, je ne puis voir comment ils peuvent se plaindre d'une procédure qui permet de ne pas les arrêter en vertu des dispositions de la *a Loi sur la réforme du cautionnement*, sous réserve de leur obligation de se conformer à une citation à comparaître leur imposant de se présenter et de se soumettre à une procédure à laquelle ils auraient pu être soumis s'ils avaient été arrêtés; voir à ce sujet *Re Jamieson and The Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 430 (C.S. Qué.), *Re McGregor*, précité, et *R. v. Halpern* (1986), 73 A.R. 276 (B.R.)

Je ne puis saisir le rapport qu'il y a entre l'art. 10 (le droit à un avocat) et les points litigieux en l'espèce, compte tenu des circonstances. Je ne vois pas non plus comment les intimés peuvent être considérés comme obligés de témoigner contre eux-mêmes, en contravention à l'al. 11c) de la *d Charte* (voir *Re Jamieson and The Queen*, précité; voir aussi la jurisprudence relative à la disposition beaucoup plus large du Cinquième amendement de la Constitution des États-Unis interdisant l'auto-incrimination, en particulier l'affaire *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966), à la p. 764, analysée dans Moenssens, précité, aux pp. 62 à 66.

L'alinéa 11d) garantit un procès équitable. Si les empreintes digitales ont été prélevées conformément aux principes de justice fondamentale, on ne voit guère comment leur utilisation comme élément de preuve pourrait avoir un effet sur l'équité d'un procès.

L'article premier de la Charte

Comme j'ai déjà décidé que la prise des empreintes digitales en l'espèce ne viole pas les principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte*, il est inutile de prendre en compte l'article premier de la *Charte*.

Dispositif

Comme la Cour a déjà fait droit au pourvoi, il nē reste qu'à répondre aux questions constitutionnelles et à statuer sur les dépens. Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de répondre à la première question constitutionnelle dans chaque espèce par la négative. Il devient donc inutile de traiter de la seconde question constitutionnelle.

no reason to depart from the ordinary practice in these matters, and I would make no order as to costs.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Brian Barrington-Foote, Regina.

Solicitors for the respondent Claude R. Beare: MacKay & McLean, Regina.

Solicitors for the respondent Frederick G. Higgins: Gates & Herle, Regina.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: Barry Athey, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Jack Watson, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police: John J. Robinette, Toronto.

Quant aux dépens, je ne vois aucune raison de déroger à la pratique ordinaire dans ce domaine et je n'adjudge donc aucuns dépens.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: Brian Barrington-Foote, Regina.

Procureurs de l'intimé Claude R. Beare: MacKay & McLean, Regina.

Procureurs de l'intimé Frederick G. Higgins: Gates & Herle, Regina.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du procureur général, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Barry Athey, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Jack Watson, Edmonton.

Procureur de l'Association canadienne des chefs de police: John J. Robinette, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Brandon Roy Dymont *Respondent*

INDEXED AS: R. v. DYMENT

File No.: 19786.

1987: April 8; 1988: December 8.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain* and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF
PRINCE EDWARD ISLAND, APPEAL DIVISION

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Doctor taking blood sample from emergency patient without his consent or knowledge — Blood sample taken for medical purposes but given to police officer — Analysis of blood sample used to secure conviction of impaired driving — No legal requirement at the time for person to give police blood sample — Whether or not the taking of blood sample by police amounted to seizure under s. 8 of the Charter — Whether or not such taking was unreasonable — Whether or not evidence of blood analysis should be under s. 24(2) of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 236, 237(2).

A doctor treating appellant in a hospital after a traffic accident collected a vial of free-flowing blood for medical purposes without appellant's knowledge or consent. Shortly after, appellant explained that he had consumed a beer and medication. The doctor, after taking the blood sample, spoke to the police officer who had attended at the accident and at the end of their conversation gave him the sample. The officer had not noted any evidence of appellant's drinking, had not requested a blood sample from either the appellant or the doctor and had no search warrant. The sample was analyzed and appellant was subsequently charged and convicted of impaired driving. At the time, s. 237(2) of the *Criminal Code* did not require a person to give a blood sample.

The Supreme Court of Prince Edward Island, Appeal Division, dismissed an appeal from a judgment of the

* Le Dain J. took no part in the judgment.

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

Brandon Roy Dymont *Intimé*

a

RÉPERTORIÉ: R. C. DYMENT

N° du greffe: 19786.

1987: 8 avril; 1988: 8 décembre.

b

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain* et La Forest.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR
SUPRÊME DE L'ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD

c

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille ou saisie abusive — Prélèvement d'un échantillon de sang par un médecin sur un patient à l'urgence sans son consentement ou sans qu'il en ait connaissance — Échantillon de sang prélevé à des fins médicales, mais remis à un agent de police — Utilisation de l'analyse de l'échantillon de sang pour obtenir une déclaration de culpabilité pour conduire avec facultés affaiblies — Aucune obligation légale à l'époque de fournir un échantillon de sang à un agent de police — La prise de possession de l'échantillon de sang par la police constitue-t-elle une saisie selon l'art. 8 de la Charte? — Cette prise de possession était-elle abusive? — La preuve de l'analyse de sang devrait-elle être écartée en vertu de l'art. 24(2) de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2) — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 236, 237(2).

d

Un médecin qui traitait l'appelant à l'hôpital après un accident de la circulation a recueilli, à des fins médicales sans le consentement de l'appelant ou sans qu'il en ait connaissance, une éprouvette de sang qui coulait. Peu de temps après, l'appelant a expliqué qu'il avait pris de la bière et des médicaments. Après avoir prélevé l'échantillon de sang, le médecin a parlé à l'agent de police qui s'était occupé de l'accident et, à la fin de leur conversation, lui a remis l'échantillon. Aucune constatation de l'agent n'indiquait que l'appelant aurait bu; il n'a pas demandé à l'appelant de fournir un échantillon de sang ni au médecin d'en prélever et il n'avait pas de mandat de perquisition. L'échantillon a été analysé et l'appelant a par la suite été accusé et reconnu coupable de conduite avec facultés affaiblies. À l'époque, il n'existait pas d'obligation de fournir un échantillon de sang aux termes du par. 237(2) du *Code criminel*.

e

La Division d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard a rejeté l'appel du jugement de la Cour

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

Supreme Court of Prince Edward Island which allowed an appeal from conviction. At issue here is whether or not the Appeal Division erred: (1) in holding that the police officer's taking of the blood sample amounted to a seizure contemplated by s. 8; (2) in holding that such taking amounted to unreasonable search and seizure; and (3) in excluding the evidence of the blood analysis under s. 24(2).

Held (McIntyre J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Beetz, Lamer and Wilson JJ.: A search will be reasonable if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and if the manner in which the search was carried out is reasonable. Receipt by the police of the vial of blood, given that that blood was held by the doctor subject to a duty to respect the patient's privacy, amounted to a seizure as contemplated by s. 8 of the *Charter*. This seizure was unlawful in that it was made without a warrant, was not supported by evidence establishing its lawfulness, and was not justified by urgency or other reason. It was therefore unnecessary to inquire further as to whether the search was unreasonable.

Per Dickson C.J. and La Forest J.: The officer, in taking the sample, breached respondent's privacy interests in it, and so effected a seizure within the meaning of s. 8. The term "searches or seizures" is to be read disjunctively.

Section 8 is concerned not only with the protection of property but also with the protection of the privacy interests of individuals from search or seizure. The distinction between a seizure and a mere finding of evidence is to be made at the point where it can reasonably be said that the individual ceased to have a privacy interest in the subject-matter allegedly seized. The use of a person's body without his consent to obtain information about him invades an area of privacy essential to the maintenance of his human dignity. The doctor, whose sole justification for taking the blood sample was that it was to be used for medical purposes, had no right to take it for other purposes or to give it to a stranger for non-medical purposes unless otherwise required by law, and any such law would be subject to *Charter* scrutiny. The *Charter* protection extends to prevent a police officer or agent of the state from taking an intimately

suprême de l'Île-du-Prince-Édouard qui avait accueilli l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité. En l'espèce il faut déterminer si la Division d'appel a commis une erreur : (1) en concluant que la prise de possession de l'échantillon de sang par la police constituait à une saisie au sens de l'art. 8; (2) en concluant que cette prise de possession constituait une fouille et une saisie abusives; et (3) en écartant l'élément de preuve que constituait l'analyse du sang en vertu du par. 24(2).

Arrêt (le juge McIntyre est dissident): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Beetz, Lamer et Wilson: Une fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n'a rien d'abusif et si la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive. La prise de possession de l'éprouvette contenant du sang par la police, compte tenu du fait que le médecin l'avait en sa possession, avec l'obligation de respecter le droit à la vie privée du patient, constitue une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Cette saisie était illégale parce qu'elle a été effectuée sans mandat, elle n'était pas appuyée de preuve établissant sa légalité ni justifiée par l'urgence ni par une autre raison. Il n'est donc pas nécessaire de poursuivre l'analyse pour répondre à la question de savoir si la fouille était abusive.

Le juge en chef Dickson et le juge La Forest: En prenant possession de l'échantillon, l'agent a porté atteinte au droit qu'avait l'intimé à ce qu'il demeure confidentiel et a ainsi procédé à une saisie au sens de l'art. 8. Les termes «fouilles, perquisitions ou saisies» doivent être lus de façon disjonctive.

L'article 8 ne vise pas uniquement à protéger la propriété, mais aussi les intérêts en matière de vie privée des particuliers contre les fouilles, les perquisitions et les saisies. La distinction entre une saisie et la simple réunion d'éléments de preuve se situe au point où il devient raisonnable de dire que l'individu n'a plus d'intérêt intime relativement à l'objet qui serait saisi. L'utilisation du corps d'une personne, sans son consentement, en vue d'obtenir des renseignements à son sujet, constitue une atteinte à une sphère de la vie privée essentielle au maintien de sa dignité humaine. Le médecin, dont la seule justification pour recueillir l'échantillon sanguin était qu'il devait servir à des fins médicales, n'avait aucunement le droit de le prélever à une autre fin ni de le donner à un étranger pour des fins autres que médicales, à moins que la loi ne l'exige, et toute loi de ce genre serait assujettie à un examen en regard de la *Charte*. La protection qu'accorde la *Charte* va jusqu'à interdire à un agent de police ou un mandataire de l'État de prendre une substance aussi personnelle que le sang à un méde-

personal substance, such as blood, from a doctor who holds it subject to a duty to respect a person's privacy.

The seizure here was not reasonable. The violation of the privacy interests here was not minimal. The use of an individual's blood or other bodily substances confided to others for medical purposes for uses other than such purposes seriously violates the personal autonomy of the individual. The seizure here infringed upon all the spheres of privacy — spatial, physical and informational. Although the needs of law enforcement are important and beneficent, there is danger when this goal is pursued with too much zeal. Given the danger to individual privacy of an easy flow of information from hospitals and others, the taking by the police of a blood sample from a doctor who has obtained it for medical purposes cannot be viewed as anything but unreasonable in the absence of compelling circumstances of pressing necessity.

The *Charter* breach was a very serious one: a violation of a person's body is much more serious than a violation of his office or even his home. The sense of privacy transcends the physical. The dignity of the human being is equally seriously violated when use is made of bodily substances taken by others for medical purposes in a manner that does not respect that limitation. The trust and confidence of the public in the administration of medical facilities would be seriously taxed if an easy and informal flow of information, and particularly of bodily substances from hospitals to the police, were allowed. There are well-known and recognized procedures for obtaining such evidence where the police have reasonable and probable grounds for believing a crime has been committed.

Per McIntyre J. (dissenting): There was no search here. If there was a wrongful seizure, that wrongful seizure and the wrongful dealing with the blood sample lay with the doctor. Nothing indicated misconduct, impropriety or bad faith on the part of the police officer who, having received "real evidence" decisive of the issue in the case, was under a duty to tender it in evidence. This evidence should not be excluded for its admission would not bring the administration of justice into disrepute.

Cases Cited

By Lamer J.

Referred to: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265.

cin qui la détient avec l'obligation de respecter la dignité et la vie privée de cette personne.

La saisie en l'espèce était abusive. L'atteinte au droit à la vie privée n'était pas minimale en l'espèce. L'utilisation du sang d'une personne ou d'autres substances corporelles confiées à des tiers à des fins médicales à d'autres fins porte gravement atteinte à l'autonomie personnelle de l'individu. En l'espèce, la saisie viole tous les aspects de la vie privée — spatiaux, physiques et informationnels. Bien que la nécessité d'appliquer de la loi soit importante et salutaire, il y a danger lorsque cet objectif est poursuivi avec trop de zèle. Compte tenu du danger que représente pour la vie privée individuelle la libre circulation de renseignements provenant des hôpitaux et des autres, la remise à la police d'un échantillon sanguin par le médecin qui l'a obtenu à des fins médicales ne peut être considérée que comme abusive en l'absence d'une nécessité et irrésistible pressante.

La violation de la *Charte* est très grave: une violation de l'intégrité physique de la personne humaine est beaucoup plus grave que celle de son bureau ou même de son domicile. La vie privée ne s'entend pas qu'au sens physique. La dignité de l'être humain est tout aussi gravement atteinte par l'utilisation de substances corporelles, recueillies par des tiers à des fins médicales, d'une manière qui ne respecte pas cette limite. La confiance que le public doit avoir dans l'administration des services médicaux serait mise à rude épreuve si l'on devait autoriser la circulation libre et informelle de renseignements, et particulièrement de substances corporelles, des hôpitaux vers la police. Il existe une procédure établie et bien connue pour obtenir ce genre de preuve lorsque l'agent a des motifs raisonnables et probables de croire qu'un crime a été commis.

Le juge McIntyre (dissent): Il n'y a eu aucune fouille en l'espèce. S'il y a eu saisie illégale, cette saisie et le traitement irrégulier de l'échantillon de sang sont imputables au médecin. Rien n'indique que l'agent de police se soit mal conduit ni qu'il ait fait preuve de mauvaise foi; et on ne peut rien reprocher à l'agent de police qui, ayant obtenu une «preuve matérielle» déterminante quant à la question en litige, devait la produire en preuve. La preuve ne devrait pas être écartée car son utilisation ne serait pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Jurisprudence

Citée par le juge Lamer

Arrêts mentionnés: *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

By La Forest J.

Distinguished: *R. v. LeBlanc* (1981), 64 C.C.C. (2d) 31; **referred to:** *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91 a, 77 E.R. 194; *Entick v. Carrington* (1765), 19 St. Tr. 1029, 2 Wils. K.B. 275, 95 E.R. 807; *Minister of National Revenue v. Kruger Inc.*, [1984] 2 F.C. 535; *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *Milton v. The Queen* (1985), 16 C.R.R. 215; *R. v. Dzagic* (1985), 16 C.R.R. 310; *R. v. Griffin* (1985), 22 C.R.R. 303; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Santa* (1983), 6 C.R.R. 244; *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928); *R. v. Carter* (1982), 144 D.L.R. (3d) 301; *R. v. DeCoste* (1983), 60 N.S.R. (2d) 170.

By McIntyre J. (dissenting)

R. v. Jacoy, [1988] 2 S.C.R. 548.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 236, 237(2), 238(3).
Hospital Management Regulations, ss. 37, 47.
Hospitals Act, R.S.P.E.I. 1974, c. H-11.
Privacy Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 111.

Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. *Report on Obtaining Forensic Evidence* (No. 25). Ottawa: Law Reform Commission, 1985.
 Canada. Report of the Task Force established by the Department of Communications/Department of Justice. *Privacy and Computers*. Ottawa: Information Canada, 1972.
 Canadian Medical Association. *Code of Ethics*.
 Marshall, T. David. *The Physician and Canadian Law*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1979.
 Ontario. Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information. *Report of the Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information*. (The Krever Commission). Toronto: The Commission, 1980.
 Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*. New York: Atheneum, 1970.

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Prince Edward Island, Appeal Division (1986), 57 Nfld. & P.E.I.R. 210, 170 A.P.R. 210, 26 D.L.R. (4th) 399, 25 C.C.C. (3d) 120, 20

Citée par le juge La Forest

Distinction d'avec l'arrêt: *R. v. LeBlanc* (1981), 64 C.C.C. (2d) 31; **arrêts mentionnés:** *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91 a, 77 E.R. 194; *Entick v. Carrington* (1765), 19 St. Tr. 1029, 2 Wils. K.B. 275, 95 E.R. 807; *Ministre du Revenu national c. Kruger Inc.*, [1984] 2 C.F. 535; *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *Milton v. The Queen* (1985), 16 C.R.R. 215; *R. v. Dzagic* (1985), 16 C.R.R. 310; *R. v. Griffin* (1985), 22 C.R.R. 303; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. v. Santa* (1983), 6 C.R.R. 244; *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928); *R. v. Carter* (1982), 144 D.L.R. (3d) 301; *R. v. DeCoste* (1983), 60 N.S.R. (2d) 170.

Citée par le juge McIntyre (dissident)

R. c. Jacoy, [1988] 2 R.C.S. 548.

d

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 24(2).
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 236, 237(2), 238(3).
Hospital Management Regulations, art. 37, 47.
Hospitals Act, R.S.P.E.I. 1974, chap. H-11.
Loi sur la protection des renseignements personnels, S.C. 1980-81-82-83, chap. 111.

f

Doctrine citée

Association médicale canadienne. *Code de déontologie*.
 Canada. Commission de réforme du droit. *Rapport sur les techniques d'investigation policière et les droits de la personne* (n° 25). Ottawa: Commission de réforme du droit, 1985.
 Canada. Rapport du groupe d'étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice. *L'ordinateur et la vie privée*. Ottawa: Information Canada, 1972.
 Marshall, T. David. *The Physician and Canadian Law*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1979.
 Ontario. Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information. *Report of the Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information*. (The Krever Commission). Toronto: The Commission, 1980.
 Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*. New York: Atheneum, 1970.

j

POURVOI contre un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard (1986), 57 Nfld. & P.E.I.R. 210, 170 A.P.R. 210, 26 D.L.R. (4th) 399, 25 C.C.C. (3d) 120, 20

C.R.R. 82, dismissing an appeal from a judgment of Mitchell J. (1984), 47 Nfld. & P.E.I.R. 350, 139 A.P.R. 350, 9 D.L.R. (4th) 614, 12 C.C.C. (3d) 531, 8 C.R.R. 325, allowing an appeal from a conviction for impaired driving. Appeal dismissed, McIntyre J. dissenting.

Darrell Coombs, for the appellant.

John Maynard, for the respondent.

The reasons of Dickson C.J. and La Forest J. were delivered by

LA FOREST J.— The issues in this case are whether the taking by a police officer of a vial of a patient's blood at a hospital from, and with the consent of, a physician who had himself obtained it from a bleeding and unconscious patient, violates s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so whether it should be excluded as evidence under s. 24(2) of the *Charter* in proceedings against the patient.

Sections 8 and 24(2) of the *Charter* read as follows:

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

24. ...

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

Facts

The respondent, Mr. Dymont, suffered a head laceration when, on April 23, 1982, his car left the highway and landed in a ditch. A doctor was called to the scene where he found Mr. Dymont in a bloodied condition sitting in the driver's seat of the vehicle. An R.C.M.P. officer drove Mr. Dymont to a hospital but did not arrest or detain him. Neither the doctor nor the officer noted any evidence that Mr. Dymont had been drinking.

C.R.R. 82, qui a rejeté un appel contre un jugement du juge Mitchell (1984), 47 Nfld. & P.E.I.R. 350, 139 A.P.R. 350, 9 D.L.R. (4th) 614, 12 C.C.C. (3d) 531, 8 C.R.R. 325, qui avait accueilli un appel de la déclaration de culpabilité de conduite avec facultés affaiblies. Pourvoi rejeté, le juge McIntyre est dissident.

Darrell Coombs, pour l'appelante.

John Maynard, pour l'intimé.

Version française des motifs du juge en chef Dickson et du juge La Forest rendus par

LE JUGE LA FOREST—La question qui se pose en l'espèce est de savoir si un agent de police, en prenant possession d'une éprouvette contenant le sang d'un patient hospitalisé, remise de plein gré par le médecin qui l'avait lui-même recueilli d'une plaie ouverte du patient inconscient, a violé l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si cet élément de preuve doit être écarté, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, dans le cadre de poursuites intentées contre le patient.

L'article 8 et le par. 24(2) de la *Charte* sont ainsi conçus:

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

24. ...

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Les faits

L'intimé, M. Dymont, a subi une lacération à la tête lorsque, le 23 avril 1982, sa voiture a quitté la route pour atterrir dans un fossé. Un médecin appelé sur les lieux a trouvé M. Dymont ensanglanté, assis au volant du véhicule. Un agent de la G.R.C. a conduit M. Dymont à l'hôpital, sans l'arrêter ni le détenir. Ni le médecin ni l'agent n'ont remarqué que M. Dymont avait bu.

The doctor returned to the hospital and prepared to suture Mr. Dymont's head, but before doing so, he held a vial under the free-flowing blood and collected a sample of it. This was done for medical purposes. The doctor thought the accident might have been caused by a medical problem. Shortly afterwards, Mr. Dymont told him he had consumed a beer and some antihistamine tablets, which explained to the doctor why the accident happened.

The doctor did not obtain his patient's consent to obtain the blood sample. Mr. Dymont was not even aware of it as he was suffering from a concussion. I should note that at the time, under s. 237(2) of the *Criminal Code*, no person was required to give a sample of blood. Section 238(3), however, now provides that, where a peace officer believes on reasonable and probable grounds that a person has committed the offence of impaired driving, he may require him to provide blood samples.

The R.C.M.P. officer remained at the hospital while the doctor attended Mr. Dymont. He did not request a blood sample from Mr. Dymont and he did not ask or direct the doctor to take one. Nor did he see the doctor take one. After taking the sample, the doctor spoke to the officer. The evidence does not reveal what was said, but at the end of the conversation, the doctor handed the sample to the officer. The officer did not have Mr. Dymont's consent to take the sample and he did not have a search warrant.

The officer later had the sample analyzed, when a reading in excess of 100 milligrams of alcohol in 100 milliliters of blood was obtained. Mr. Dymont was then charged with, and convicted of, an offence of being in care or control of a motor vehicle having consumed alcohol in such quantity that the proportion in his blood exceeded 80 milligrams of alcohol in 100 milliliters of blood contrary to s. 236 of the *Criminal Code* as it then read.

Le médecin est revenu à l'hôpital et s'est mis en devoir de suturer les lésions que M. Dymont avait à la tête, mais il a d'abord recueilli dans une éprouvette un échantillon du sang qui s'écoulait de ses plaies. Cela a été fait pour des fins médicales. Le médecin croyait que l'accident pouvait avoir eu une cause médicale. Peu après, M. Dymont lui a avoué qu'il avait pris une bière et des comprimés antihistaminiques, ce qui a permis au médecin de comprendre pourquoi l'accident s'était produit.

Le médecin n'a pas obtenu le consentement de son patient pour recueillir l'échantillon de sang. M. Dymont n'en a même pas eu conscience étant donné qu'il souffrait de commotion. Je dois noter qu'à l'époque, en vertu du par. 237(2) du *Code criminel*, nul n'était obligé de fournir un échantillon de sang. Toutefois, le par. 238(3) prévoit maintenant que l'agent de la paix qui a des motifs raisonnables de croire qu'une personne a commis l'infraction de conduite avec facultés affaiblies peut lui ordonner de fournir des échantillons de sang.

L'agent de la G.R.C. est resté à l'hôpital pendant que le médecin s'occupait de M. Dymont. Il n'a pas demandé à M. Dymont de fournir un échantillon de sang, pas plus qu'il n'a demandé ou ordonné au médecin d'en prélever un. Il n'a pas vu non plus le médecin recueillir l'échantillon. Après avoir prélevé l'échantillon, le médecin s'est entretenu avec l'agent. La preuve ne révèle pas ce qu'ils se sont dit mais, à la fin de la conversation, le médecin a remis l'échantillon à l'agent. L'agent a pris l'échantillon sans le consentement de M. Dymont et sans avoir de mandat de perquisition.

Plus tard, l'agent a fait procéder à une analyse de l'échantillon, qui a révélé un taux d'alcoolémie de plus de 100 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang. M. Dymont a alors été accusé, puis reconnu coupable, d'avoir conduit un véhicule ou d'en avoir eu la garde à l'arrêt alors que son taux d'alcoolémie dépassait 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang, contrairement à l'art. 236 du *Code criminel*, alors en vigueur.

The Courts Below

Mr. Dymont then appealed to the Supreme Court of Prince Edward Island on the ground that the taking of the blood violated s. 7 (which guarantees everyone the right to life, liberty and security of the person) and s. 8 of the *Charter*, and should have been excluded from the evidence under s. 24(2) because its use would, in the circumstances, bring the administration of justice into disrepute. Mitchell J., who heard the appeal, agreed: see (1984), 47 Nfld. & P.E.I.R. 350. Section 7 had been infringed because the accused had not consented to the sample's being taken or given to the police. He also thought s. 8 was violated. The taking of the sample was a seizure, and an unreasonable one at that. Nobody had to give a blood sample to the police, and the officer did not even have probable cause to believe it would yield evidence of a criminal offence. "Just because the doctor gave it to him without any fuss", Mitchell J. stated, did "not make the taking of the sample any less a seizure." "The doctor", he noted, "had no authority to give the officer the blood and the officer had no authority, or good reason, for taking it."

Though a *Charter* violation does not automatically require the exclusion of evidence, he found that it should be excluded in this case. The taking of a specimen of a person's bodily substances without consent, unless required by law or unless it forms part of an emergency medical procedure on an unconscious patient, violates the right to the security of the person. That right is also violated where a doctor who has taken a sample for medical reasons gives it to another for non-medical purposes. A specimen taken for medical reasons becomes part of the patient's personal medical record which should be kept confidential. The fact that the blood was not extracted from his body did not mean that he had abandoned it. Its use as evidence would bring the administration of justice into disrepute. "What happened here", he concluded, "constitutes such a gross violation of the sanc-

Les tribunaux d'instance inférieure

M. Dymont a alors interjeté appel devant la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard pour le motif que le prélèvement de sang violait l'art. 7 (qui garantit à chacun le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne) et l'art. 8 de la *Charte*, et que cet élément de preuve aurait dû être écarté en vertu du par. 24(2), parce que son utilisation, eu égard aux circonstances, était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Le juge Mitchell, saisi de l'appel, a retenu ces moyens: voir (1984), 47 Nfld. & P.E.I.R. 350. L'article 7 avait été enfreint puisque l'accusé n'avait pas consenti à ce que l'échantillon soit recueilli ou remis à la police. Il pensait aussi que l'art. 8 avait été violé. Le prélèvement de l'échantillon constituait une saisie et, de plus, une saisie abusive. Personne n'avait l'obligation de remettre un échantillon de sang à la police et l'agent n'avait même pas de motif raisonnable de croire que l'échantillon lui fournirait la preuve de la perpétration d'une infraction criminelle. [TRADUCTION] «Ce n'est pas parce que le médecin le lui a remis sans faire d'histoires», de déclarer le juge Mitchell, que cela ne «faisait pas moins une saisie de cette prise de possession de l'échantillon.» «Le médecin», a-t-il dit, «n'avait pas le pouvoir de remettre le sang à l'agent et celui-ci n'avait pas le pouvoir d'en prendre possession ni de motif pour le faire.»

Bien qu'une infraction à la *Charte* n'exige pas automatiquement d'écarter l'élément de preuve en cause, il a jugé qu'il devait être écarté en l'espèce. Prendre un échantillon d'une substance corporelle d'une personne sans son consentement, à moins que cela ne soit requis par la loi ou que cela ne fasse partie d'un traitement médical d'urgence pratiqué sur un patient inconscient, viole le droit à la sécurité de la personne. Ce droit est aussi violé lorsque le médecin qui a prélevé un échantillon pour des raisons médicales le remet à un tiers pour des fins non médicales. Un échantillon prélevé pour des raisons médicales devient partie intégrante du dossier médical personnel du patient, lequel est confidentiel. Le fait que le sang n'a pas été extrait de son corps ne signifie pas qu'il l'avait abandonné. Son utilisation comme élément de preuve est susceptible de déconsidérer l'adminis-

tity, integrity and privacy of the appellant's bodily substances and medical records that the community would be shocked and appalled if the court allowed the admission of this evidence in the face of the *Charter*."

Mitchell J., therefore, allowed the appeal. The Crown then appealed to the Supreme Court of Prince Edward Island — Appeal Division: see (1986), 57 Nfld. & P.E.I.R. 210. MacDonald J., speaking for the court, was of the view that the doctor's taking of the blood in an emergency situation and its subsequent transfer to the police officer did not violate s. 7 of the *Charter*. He agreed, however, with the conclusion of Mitchell J. that the taking of the sample by the police officer violated s. 8 of the *Charter* and should have been excluded under s. 24(2). The taking of the blood sample by the police officer, he said, was a search and seizure because Mr. Dymont's consent was not obtained and there was no warrant. It was illegal because the police officer had not testified that he had a reasonable belief that Mr. Dymont had committed an offence. It was also illegal because it offended the provisions of the regulations made under the *Hospitals Act*, R.S.P.E.I. 1974, c. H-11. Section 37 of the *Hospital Management Regulations* required each hospital board to compile a medical record of its patients, which included the various steps taken in his or her medical treatment. Under section 47 of the regulations, a hospital board is permitted to "remove, inspect or receive information from a medical record" only under certain conditions, one being when a court orders such action. In MacDonald J.'s view, the blood sample constituted part of the medical record since the purpose of s. 37 of the regulations was to keep information pertaining to patients confidential, and the blood sample, when analyzed, would disclose such information.

tration de la justice. [TRADUCTION] «Ce qui s'est produit ici», conclut-il, «constitue une atteinte à l'inviolabilité, à l'intégrité et au caractère intime des substances corporelles de l'appelant et des dossiers médicaux tellement grave que la société serait indignée et consternée si un tribunal admettait cet élément de preuve en dépit de la *Charte*.»

^b Le juge Mitchell a donc accueilli l'appel. Le ministère public a alors interjeté appel à la Division d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard: voir (1986), 57 Nfld. & P.E.I.R. 210. Le juge MacDonald, s'exprimant au nom de la Cour, a été d'avis que le médecin, en recueillant le sang dans une situation d'urgence et en le remettant subséquemment à l'agent de police, n'avait pas enfreint l'art. 7 de la *Charte*. Toutefois, il partageait la conclusion du juge Mitchell qu'en prenant l'échantillon l'agent de police avait enfreint l'art. 8 de la *Charte* et que l'échantillon aurait dû être écarté en vertu du par. 24(2). La prise de possession de l'échantillon de sang par l'agent de police, a-t-il dit, constituait une fouille et une saisie, puisque le consentement de M. Dymont n'avait pas été obtenu et qu'il n'y avait pas eu de mandat. Elles étaient illégales parce que l'agent de police n'avait pas déclaré dans son témoignage qu'il avait un motif raisonnable de croire que M. Dymont avait commis une infraction. Elles étaient aussi illégales parce qu'elles enfreignaient les dispositions du règlement d'application de la *Hospitals Act*, R.S.P.E.I. 1974, chap. H-11. L'article 37 du *Hospital Management Regulations* oblige chaque conseil d'hôpital à constituer un dossier médical pour chaque patient ou patiente, dans lequel doivent être consignées les diverses mesures prises au cours de son traitement médical. En vertu de l'art. 47 de ce règlement, un conseil d'hôpital est autorisé à [TRADUCTION] «retirer, examiner ou recevoir des renseignements pris dans un dossier médical» seulement à certaines conditions, notamment lorsqu'un tribunal l'ordonne. Selon le juge MacDonald, l'échantillon de sang faisait partie intégrante du dossier médical, puisque l'objet de l'art. 37 du règlement est de préserver le caractère confidentiel des données concernant les patients et que l'échantillon de sang, une fois analysé, révélerait ce genre d'information.

MacDonald J. then went on to hold that the evidence regarding the blood sample should be excluded under s. 24(2) of the *Charter* as bringing the administration of justice into disrepute. The breach of Mr. Dymont's s. 8 right was flagrant. Time was not a factor in the case and there were other investigative tools that could have been used to obtain the evidence. While there was no direct evidence that Mr. Dymont's rights under the *Charter* had been knowingly breached, the action of the police officer was so imprudent that it could not be condoned. He added that the breach of the hospital regulations would erode public confidence in both the administration of health services and the administration of justice.

The court, therefore, dismissed the appeal. The Crown then sought and was granted leave to appeal to this Court.

Grounds of Appeal

In his submission before this Court, counsel for the Crown submitted that the court appealed from erred in three different respects, namely:

- (1) in holding that the taking of possession of the blood sample by the police officer amounted to a seizure as contemplated by s. 8 of the *Charter*;
- (2) in holding that such taking was unreasonable and so infringed s. 8;
- (3) in excluding the evidence of the analysis of the blood under s. 24(2) of the *Charter* on the ground that the admission of this evidence would bring the administration of justice into disrepute.

Before examining these issues, it is first necessary to say a few words about the manner in which *Charter* rights are to be approached and more specifically about the nature of the right sought to be protected under s. 8. The issues regarding s. 7 of the *Charter* were not addressed, and I do not propose to deal with them.

Le juge MacDonald a alors jugé que l'élément de preuve que constituait l'échantillon de sang devait être écarté en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, pour le motif qu'il serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. L'atteinte au droit conféré par l'art. 8 à M. Dymont était flagrante. Il n'y avait pas urgence en l'espèce et il existait d'autres techniques d'investigation auxquelles on aurait pu avoir recours pour obtenir l'élément de preuve. Certes, il n'y avait aucune preuve directe que les droits de M. Dymont en vertu de la *Charte* avaient été sciemment violés, mais le comportement de l'agent de police avait été imprudent au point d'être inexcusable. Il a ajouté que l'infraction au règlement hospitalier minerait la confiance du public tant dans l'administration des services de santé que dans celle de la justice.

La Cour, par conséquent, a rejeté l'appel. Le ministère public a alors demandé et obtenu l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour.

Les moyens de pourvoi

Au cours de sa plaidoirie devant la Cour, l'avocat du ministère public a fait valoir que la Cour d'appel avait erré sous trois rapports distincts, savoir:

- (1) en concluant que la prise de possession de l'échantillon de sang par l'agent de police constituait une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*;
- (2) en concluant que cette prise de possession était abusive et contrevenait donc à l'art. 8;
- (3) en écartant l'élément de preuve que constituait l'analyse du sang, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, pour le motif que son utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Avant d'étudier ces questions, il est nécessaire de dire quelques mots sur la façon d'aborder les droits garantis par la *Charte* et, plus particulièrement, sur la nature du droit que vise à protéger l'art. 8. Les questions touchant l'art. 7 de la *Charte* n'ont pas été abordées, aussi je ne compte pas les examiner.

General

From the earliest stage of *Charter* interpretation, this Court has made it clear that the rights it guarantees must be interpreted generously, and not in a narrow or legalistic fashion; see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344. The function of the *Charter*, in the words of the present Chief Justice, then Dickson J., in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 155 “is to provide . . . for the unremitting protection of individual rights and liberties”. It is a purposive document and must be so construed. That case dealt specifically with s. 8. It underlined that a major, though not necessarily the only, purpose of the constitutional protection against unreasonable search and seizure under s. 8 is the protection of the privacy of the individual; see especially pp. 159-60. And that right, like other *Charter* rights, must be interpreted in a broad and liberal manner so as to secure the citizen’s right to a reasonable expectation of privacy against governmental encroachments. Its spirit must not be constrained by narrow legalistic classifications based on notions of property and the like which served to protect this fundamental human value in earlier times.

Indeed, it may be confusing means with ends to view these inherited rights as essentially aimed at the protection of property. The lives of people in earlier times centred around the home and the significant obstacles built by the law against governmental intrusions on property were clearly seen by Coke to be for its occupant’s “defence” and “repose”; see *Semayne’s Case* (1604), 5 Co. Rep. 91 a, 77 E.R. 194, at p. 91 b and p. 195 respectively. Though rationalized in terms of property in the great case of *Entick v. Carrington* (1765), 19 St. Tr. 1029, 2 Wils. K.B. 275, 95 E.R. 807, the effect of the common law right against unreasonable searches and seizures was the protection of individual privacy. Viewed in this light, it should not be cause for surprise that a constitutionally enshrined right against unreasonable search and seizure should be construed in terms of that underlying purpose unrestrained now by the technical

Considérations d’ordre général

Dès le moment où elle a eu à interpréter la *Charte*, la Cour a dit clairement que les droits qu’elle garantit doivent recevoir une interprétation libérale et non étroite ou formaliste; voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344. Le rôle de la *Charte*, pour reprendre les termes du juge Dickson, maintenant Juge en chef, dans l’arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 155, est de pourvoir «à la protection constante des droits et libertés individuels». Ce document vise un objet et il doit être interprété en ce sens. Cet arrêt traite spécifiquement de l’art. 8. Il souligne qu’un objet important, mais non nécessairement le seul, de la protection constitutionnelle qu’offre l’art. 8 contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives est la protection de la vie privée des particuliers: voir spécialement les pp. 159 et 160. Et ce droit, à l’instar des autres droits garantis par la *Charte*, doit recevoir une interprétation large et libérale, de manière à garantir au citoyen le droit d’être protégé contre les atteintes du gouvernement à ses attentes raisonnables en matière de vie privée. Son esprit ne doit pas être restreint par des classifications formalistes étroites, fondées sur des notions de propriété ou du même genre, qui ont servi autrefois à protéger cette valeur humaine fondamentale.

En fait, il se peut que percevoir ces droits dont nous avons hérités comme visant essentiellement à protéger la propriété revienne à confondre les moyens et les fins. Autrefois, la vie des gens était centrée autour du domicile et Coke considérait nettement que les grandes barrières érigées en droit pour protéger la propriété contre les intrusions gouvernementales avaient pour but d’assurer la «défense» et la «tranquillité» de ses occupants: voir *Semayne’s Case* (1604), 5 Co. Rep. 91 a, 77 E.R. 194, aux pp. 91 b et 195 respectivement. Bien que l’on ait tenté de le justifier en termes de propriété dans le grand arrêt *Entick v. Carrington* (1765), 19 St. Tr. 1029, 2 Wils. K.B. 275, 95 E.R. 807, le droit conféré par la *common law* de ne pas être soumis à des fouilles, à des perquisitions et à des saisies abusives, avait pour effet de protéger la vie privée des particuliers. Dans cette optique, il ne devrait pas être surprenant qu’un droit, enchâssé

tools originally devised for securing that purpose. However that may be, this Court in *Hunter v. Southam Inc.* clearly held, in Dickson J.'s words, that the purpose of s. 8 "is . . . to protect individuals from unjustified state intrusions upon their privacy" (*supra*, p. 160) and that it should be interpreted broadly to achieve that end, uninhibited by the historical accoutrements that gave it birth. He put it this way, at p. 158:

In my view the interests protected by s. 8 are of a wider ambit than those enunciated in *Entick v. Carrington*. Section 8 is an entrenched constitutional provision. It is not therefore vulnerable to encroachment by legislative enactments in the same way as common law protections. There is, further, nothing in the language of the section to restrict it to the protection of property or to associate it with the law of trespass. It guarantees a broad and general right to be secure from unreasonable search and seizure.

It should also be noted that s. 8 does not merely prohibit unreasonable searches and seizures. As Pratte J.A. observed in *Minister of National Revenue v. Kruger Inc.*, [1984] 2 F.C. 535 (C.A.), at p. 548, it goes further and guarantees the right to be secure against unreasonable search and seizure.

The foregoing approach is altogether fitting for a constitutional document enshrined at the time when, Westin tells us, society has come to realize that privacy is at the heart of liberty in a modern state; see Alan F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), pp. 349-50. Grounded in man's physical and moral autonomy, privacy is essential for the well-being of the individual. For this reason alone, it is worthy of constitutional protection, but it also has profound significance for the public order. The restraints imposed on government to pry into the

dans la Constitution, de ne pas être soumis à des fouilles, à des perquisitions et à des saisies abusives, devrait être interprété en fonction de l'objet qui le sous-tend, sans être restreint maintenant par les outils techniques originaires conçus pour garantir la réalisation de cet objet. Quoi qu'il en soit, cette Cour, dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, a clairement jugé, pour reprendre les termes du juge Dickson, que l'art. 8 a pour objet «de protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l'État dans leur vie privée» (précité, à la p. 160) et qu'il devait être interprété largement pour réaliser cette fin, sans que l'on soit inhibé par l'attirail historique qui lui a donné naissance. Voici ce qu'il affirme, à la p. 158:

À mon avis, les droits protégés par l'art. 8 ont une portée plus large que ceux qui sont énoncés dans l'arrêt *Entick v. Carrington*. L'article 8 est une disposition constitutionnelle enchâssée. Les textes législatifs ne peuvent donc pas empiéter sur cet article de la même façon que sur la protection offerte par la *common law*. En outre, le texte de l'article ne le limite aucunement à la protection des biens ni ne l'associe au droit applicable en matière d'intrusion. Il garantit un droit général à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

Il faudrait aussi noter que l'art. 8 ne se contente pas d'interdire les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Comme le juge Pratte le fait observer dans l'arrêt *Ministre du Revenu national c. Kruger Inc.*, [1984] 2 C.F. 535 (C.A.), à la p. 548, il va plus loin et garantit le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

Le point de vue qui précède est tout à fait approprié dans le cas d'un document constitutionnel enchâssé à une époque où, selon ce que nous dit Westin, la société a fini par se rendre compte que la notion de vie privée est au cœur de celle de la liberté dans un État moderne; voir Alan F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), aux pp. 349 et 350. Fondée sur l'autonomie morale et physique de la personne, la notion de vie privée est essentielle à son bien-être. Ne serait-ce que pour cette raison, elle mériterait une protection constitutionnelle, mais elle revêt aussi une importance capitale sur le plan de l'ordre public. L'interdiction qui est faite au gouvernement de s'intéresser de trop près à la

lives of the citizen go to the essence of a democratic state.

Claims to privacy must, of course, be balanced against other societal needs, and in particular law enforcement, and that is what s. 8 is intended to achieve. As Dickson J. put it in *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, at pp. 159-60:

The guarantee of security from unreasonable search and seizure only protects a reasonable expectation. This limitation on the right guaranteed by s. 8, whether it is expressed negatively as freedom from "unreasonable" search and seizure, or positively as an entitlement to a "reasonable" expectation of privacy, indicates that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement.

The first challenge, then, is to find some means of identifying those situations where we should be most alert to privacy considerations. Those who have reflected on the matter have spoken of zones or realms of privacy; see, for example, *Privacy and Computers*, the Report of the Task Force established by the Department of Communications/Department of Justice (1972), especially at pp. 12-14. The report classifies these claims to privacy as those involving territorial or spatial aspects, those related to the person, and those that arise in the information context. All three, it seems to me, are directly implicated in the present case.

As noted previously, territorial claims were originally legally and conceptually tied to property, which meant that legal claims to privacy in this sense were largely confined to the home. But as Westin, *supra*, at p. 363, has observed, "[t]o protect privacy only in the home . . . is to shelter what has become, in modern society, only a small part of the individual's daily environmental need for privacy". *Hunter v. Southam Inc.* ruptured the shackles that confined these claims to property. Dickson J., at p. 159, rightly adopted the view

vie des citoyens touche à l'essence même de l'État démocratique.

Naturellement, un équilibre doit être établi entre les revendications en matière de vie privée et les autres exigences de la vie en société, et en particulier celles de l'application de la loi, et c'est justement ce que l'art. 8 vise à réaliser. Comme l'affirme le juge Dickson, dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité, aux pp. 159 et 160:

La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu'une attente raisonnable. Cette limitation du droit garanti par l'art. 8, qu'elle soit exprimée sous la forme négative, c'est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies «abusives», ou sous la forme positive comme le droit de s'attendre «raisonnablement» à la protection de la vie privée, indique qu'il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi.

Alors, le premier défi à relever consiste à trouver le moyen de discerner les cas où nous devrions être le plus sensibles aux considérations de vie privée. Ceux qui ont réfléchi à la question ont parlé de domaines ou de sphères de vie privée; voir, par exemple, *L'ordinateur et la vie privée*, Rapport du groupe d'étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice (1972), spécialement aux pp. 12 à 15. Ce rapport répartit ainsi les revendications en matière de vie privée: celles qui comportent des aspects territoriaux ou spatiaux, celles qui ont trait à la personne et celles qui sont faites dans le contexte informationnel. Toutes ces trois catégories, me semble-t-il, sont directement en cause en l'espèce.

Comme nous l'avons déjà souligné, les revendications d'ordre territorial étaient à l'origine légalement et conceptuellement liées à la propriété, ce qui signifiait que les revendications d'un droit à la vie privée en ce sens étaient, sur le plan juridique, largement confinées au domicile. Mais, comme Westin, précité, à la p. 363, le fait observer, [TRANSDUCTION] «protéger la vie privée au domicile seulement . . . revient à protéger ce qui n'est devenu, dans la société contemporaine, qu'une petite partie du besoin environnemental quotidien de vie privée

originally put forward by Stewart J. in *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), at p. 351, that what is protected is people, not places. This is not to say that some places, because of the nature of the social interactions that occur there, should not prompt us to be especially alert to the need to protect individual privacy.

This Court has recently dealt with privacy of the person in *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945. The case bears some resemblance to the present one, but there the doctor had taken the blood sample from a patient, who was in an incoherent and delirious state, at the request of a police officer. In holding this action to constitute an unreasonable search and seizure, my colleague Lamer J. underlined the seriousness of a violation of the sanctity of a person's body. It constitutes a serious affront to human dignity. As the Task Force on *Privacy and Computers*, *supra*, put it, at p. 13:

... this sense of privacy transcends the physical and is aimed essentially at protecting the dignity of the human person. Our persons are protected not so much against the physical search (the law gives physical protection in other ways) as against the indignity of the search, its invasion of the person in a moral sense.

Finally, there is privacy in relation to information. This too is based on the notion of the dignity and integrity of the individual. As the Task Force put it (p. 13): "This notion of privacy derives from the assumption that all information about a person is in a fundamental way his own, for him to communicate or retain for himself as he sees fit." In modern society, especially, retention of information about oneself is extremely important. We may, for one reason or another, wish or be compelled to reveal such information, but situations abound where the reasonable expectations of the individual that the information shall remain confidential to the persons to whom, and restricted to the purposes for which it is divulged, must be

de l'individu». L'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* a brisé les entraves qui limitaient ces revendications à la propriété. À la page 159, le juge Dickson a adopté à juste titre le point de vue avancé initialement par le juge Stewart dans l'arrêt *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), à la p. 351, selon lequel ce qui est protégé, ce sont les personnes et non les lieux. Cela ne veut pas dire que certains lieux, en raison de la nature des interactions sociales qui s'y produisent, ne devraient pas nous inciter à être particulièrement sensibles à la nécessité de protéger la vie privée de l'individu.

La Cour a récemment traité du droit à la vie privée de la personne dans l'arrêt *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945. Dans cette affaire qui ressemble quelque peu à celle dont nous sommes présentement saisis, le médecin, à la demande de l'agent de police, avait prélevé l'échantillon de sang d'un patient alors qu'il était dans un état de confusion et de délire. En jugeant que cet acte constituait une fouille et une saisie abusives, mon collègue le juge Lamer a souligné la gravité d'une atteinte à l'intégrité physique d'une personne. Cela constitue une offense grave à la dignité humaine. Comme l'affirme le groupe d'étude dans son rapport intitulé *L'ordinateur et la vie privée*, précité, à la p. 13:

La vie privée ne s'entend pas ici qu'au sens physique, car il s'agit surtout de sauvegarder la dignité de la personne humaine. La personne est moins protégée contre la perquisition en soi (la loi offre d'autres moyens de protection physique) qu'elle ne l'est contre l'affront, l'intrusion morale qu'elle représente.

Enfin il y a le droit à la vie privée en matière d'information. Cet aspect aussi est fondé sur la notion de dignité et d'intégrité de la personne. Comme l'affirme le groupe d'étude (à la p. 13): «Cette conception de la vie privée découle du postulat selon lequel l'information de caractère personnel est propre à l'intéressé, qui est libre de la communiquer ou de la taire comme il l'entend.» Dans la société contemporaine tout spécialement, la conservation de renseignements à notre sujet revêt une importance accrue. Il peut arriver, pour une raison ou pour une autre, que nous voulions divulguer ces renseignements ou que nous soyons forcés de le faire, mais les cas abondent où on se doit de protéger les attentes raisonnables de l'indi-

protected. Governments at all levels have in recent years recognized this and have devised rules and regulations to restrict the uses of information collected by them to those for which it was obtained; see, for example, the *Privacy Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 111.

One further general point must be made, and that is that if the privacy of the individual is to be protected, we cannot afford to wait to vindicate it only after it has been violated. This is inherent in the notion of being secure against unreasonable searches and seizures. Invasions of privacy must be prevented, and where privacy is outweighed by other societal claims, there must be clear rules setting forth the conditions in which it can be violated. This is especially true of law enforcement, which involves the freedom of the subject. Here again, Dickson J. made this clear in *Hunter v. Southam Inc.* After repeating that the purpose of s. 8 of the *Charter* was to protect individuals against unjustified state intrusion, he continued at p. 160:

That purpose requires a means of preventing unjustified searches before they happen, not simply of determining, after the fact, whether they ought to have occurred in the first place. This, in my view, can only be accomplished by a system of prior authorization, not one of subsequent validation. [Emphasis in original.]

He was there speaking of searches, but as I will endeavour to show, the statement applies equally to seizures.

I shall now look more closely at the issues raised by the appellant in the light of these considerations.

Was There a Search or Seizure?

In this case, unlike *Pohoretsky*, where this was conceded, there was no search. The doctor simply collected the blood as it flowed from an open wound and it was later handed over by him to the

vidu que ces renseignements seront gardés confidentiellement par ceux à qui ils sont divulgués, et qu'ils ne seront utilisés que pour les fins pour lesquelles ils ont été divulgués. Tous les paliers de gouvernement ont, ces dernières années, reconnu cela et ont conçu des règles et des règlements en vue de restreindre l'utilisation des données qu'ils recueillent à celle pour laquelle ils le font; voir, par exemple, la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 111.

Une dernière remarque d'ordre général s'impose, à savoir que si le droit à la vie privée de l'individu doit être protégé, nous ne pouvons nous permettre de ne faire valoir ce droit qu'après qu'il a été violé. Cela est inhérent à la notion de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Il faut empêcher les atteintes au droit à la vie privée et, lorsque d'autres exigences de la société l'emportent sur ce droit, il doit y avoir des règles claires qui énoncent les conditions dans lesquelles il peut être enfreint. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne l'application de la loi, qui met en cause la liberté du sujet. Cela aussi, le juge Dickson l'a dit clairement dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* Après avoir répété que l'art. 8 de la *Charte* a pour but de protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l'État, il poursuit, à la p. 160:

Ce but requiert un moyen de prévenir les fouilles et les perquisitions injustifiées avant qu'elles ne se produisent et non simplement un moyen de déterminer, après le fait, si au départ elles devaient être effectuées. Cela ne peut se faire, à mon avis, que par un système d'autorisation préalable et non de validation subséquente. [Souligné dans l'original.]

Il parlait alors de fouilles et de perquisitions mais, comme je vais tenter de le démontrer, cette assertion s'applique également aux saisies.

Je vais maintenant examiner de plus près les questions soulevées par l'appelante en tenant compte de ces facteurs.

Y a-t-il eu fouille ou saisie?

En l'espèce, contrairement à l'affaire *Pohoretsky* où cela avait été concédé, il n'y a pas eu de fouille. Le médecin a simplement recueilli le sang qui s'écoulait d'une plaie ouverte et il a par la suite

police officer. It should be observed, however, that s. 8 of the *Charter* does not protect only against searches, or against seizures made in connection with searches. It protects against searches or seizures. As Errico Co. Ct. J. put it in *Milton v. The Queen* (1985), 16 C.R.R. 215, at p. 226: "The words are used disjunctively and although in instances it is a search and seizure that will be under scrutiny as was the situation in *Southam*, the Charter is worded so that a seizure *simpliciter* could offend against the section." See also *R. v. Dzagic* (1985), 16 C.R.R. 310 (Ont. H.C.), at p. 319.

As I see it, the essence of a seizure under s. 8 is the taking of a thing from a person by a public authority without that person's consent. That is what occurred in *Pohoretsky*, *supra*. The focus of the enquiry in that case was on the actual taking of the blood sample. But one must bear in mind why that was so. In *Pohoretsky*, the blood sample was taken at the request of the police officer. The taking of the blood sample, therefore, immediately triggered s. 8 scrutiny. Section 8 was designed to protect against actions by the state and its agents. Here too the focus of enquiry must be on the circumstances in which the police officer obtained the sample. However, the circumstances under which it was obtained by the doctor are by no means irrelevant.

There was no consent to the taking of the blood sample in this case; Mr. Dymont was unconscious at the time. But even if he had given his consent, I do not think that would have mattered if the consent was restricted to the use of the sample for medical purposes; see *R. v. Griffin* (1985), 22 C.R.R. 303 (Ont. Dist. Ct.) As I have attempted to indicate earlier, the use of a person's body without his consent to obtain information about

remis ce sang à l'agent de police. Toutefois, il faudrait souligner que l'art. 8 de la *Charte* ne protège pas uniquement contre les fouilles ou les perquisitions, ou contre les saisies liées à des fouilles ou à des perquisitions. Il protège contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies. Comme l'a affirmé le juge Errico de la Cour de comté dans l'affaire *Milton v. The Queen* (1985), 16 C.R.R. 215, à la p. 226: [TRADUCTION] «Ces mots sont utilisés de manière disjonctive et bien que dans certains cas comme l'affaire *Southam*, ce soient la fouille et la saisie ou la perquisition et la saisie qui font l'objet de l'examen, le texte de la Charte est formulé de telle sorte que la saisie puisse en elle-même enfreindre l'article.» Voir aussi l'affaire *R. v. Dzagic* (1985), 16 C.R.R. 310 (H.C. Ont.), à la p. 319.

À mon avis, il y a saisie au sens de l'art. 8 lorsque les autorités prennent quelque chose appartenant à une personne sans son consentement. C'est ce qui s'est produit dans l'affaire *Pohoretsky*, précitée. L'examen dans cette affaire était axé sur le prélèvement même de l'échantillon de sang. Mais on doit garder à l'esprit la raison pour laquelle il en a été ainsi. Dans l'affaire *Pohoretsky*, l'échantillon avait été prélevé à la demande de l'agent de police. Le prélèvement de l'échantillon de sang déclenchait donc immédiatement un examen fondé sur l'art. 8. L'article 8 a été conçu pour accorder une protection contre les actions de l'État et de ses mandataires. En l'espèce aussi, l'examen doit être axé sur les circonstances dans lesquelles l'agent de police a obtenu l'échantillon. Toutefois, les circonstances dans lesquelles le médecin l'a obtenu sont loin d'être sans importance.

Il n'y a pas eu de consentement au prélèvement de l'échantillon de sang en l'espèce, car M. Dymont était inconscient au moment où il a été fait. Mais, même s'il avait donné son consentement, je ne pense pas que cela aurait eu de l'importance qu'il ait visé uniquement l'utilisation de l'échantillon à des fins médicales; voir *R. v. Griffin* (1985), 22 C.R.R. 303 (C. dist. Ont.) Comme j'ai tenté de le montrer précédemment, l'utilisation du corps d'une personne, sans son consentement, en vue d'obtenir des renseignements à son sujet, cons-

him, invades an area of personal privacy essential to the maintenance of his human dignity.

Here of course there was no consent and none could be implied from the circumstances. The simple fact is that Mr. Dymont was brought to the hospital for medical treatment. Whether the actions of the doctor could, in strictness, be justified as an emergency measure necessary for the preservation of the life or health of Mr. Dymont, I need not explore. It was a perfectly reasonable thing for a doctor who had been entrusted with the medical care of a patient to do. However, I would emphasize that the doctor's sole justification for taking the blood sample was that it was to be used for medical purposes. He had no right to take Mr. Dymont's blood for other purposes. I do not wish to put the matter on the basis of property considerations, although it would not be too far-fetched to do so. Some provinces expressly vest the property of blood samples in the hospital, a matter I consider wholly irrelevant. What I wish to emphasize, rather, is that I cannot conceive that the doctor here had any right to take Mr. Dymont's blood and give it to a stranger for purposes other than medical purposes unless the law otherwise required, and any such law, too, would be subject to *Charter* scrutiny. Specifically, I think the protection of the *Charter* extends to prevent a police officer, an agent of the state, from taking a substance as intimately personal as a person's blood from a person who holds it subject to a duty to respect the dignity and privacy of that person.

The Task Force on *Privacy and Computers*, *supra*, pp. 23 *et seq.*, like other similar studies, identified hospitals as one of the specific areas of concern in the protection of privacy. This is scarcely surprising. At one time, medical treatment generally took place in the home, or at the doctor's office, but even then, of course, the confidentiality of the doctor-patient relationship was fully accepted as an important value in our society. This goes

titue une atteinte à une sphère de la vie privée essentielle au maintien de sa dignité humaine.

Il va sans dire qu'en l'espèce aucun consentement n'a été donné et que les circonstances ne permettent pas d'en présumer l'existence. M. Dymont a tout simplement été amené à l'hôpital pour y subir un traitement médical. Je n'ai pas à m'interroger sur le point de savoir si les actes du médecin pourraient, strictement parlant, être justifiés à titre de mesure d'urgence, nécessaire à la préservation de la vie ou de la santé de M. Dymont. Il était parfaitement raisonnable pour un médecin qui s'était vu confier la tâche de soigner un patient d'agir ainsi. Cependant, je me dois de souligner que la seule raison qui justifiait le médecin de recueillir l'échantillon de sang était qu'il devait servir à des fins médicales. Il n'avait pas le droit de recueillir le sang de M. Dymont pour d'autres fins. Je ne souhaite pas analyser la question en fonction de considérations relatives à la propriété, bien que ce ne serait pas trop forcer les choses que de le faire. Certaines provinces attribuent expressément la propriété des échantillons de sang à l'hôpital, ce qui, selon moi, est tout à fait sans importance. Ce que je tiens plutôt à souligner, c'est que je ne puis concevoir que le médecin en l'espèce ait eu le droit de prélever le sang de M. Dymont et de le donner à un étranger pour des fins autres que médicales, à moins d'une exigence contraire de la loi, et toute loi de ce genre serait elle aussi assujettie à un examen en regard de la *Charte*. Plus précisément, je pense que la protection accordée par la *Charte* va jusqu'à interdire à un agent de police, qui est un mandataire de l'État, de se faire remettre une substance aussi personnelle que le sang d'une personne par celui qui la détient avec l'obligation de respecter la dignité et la vie privée de cette personne.

Le rapport du groupe d'étude, intitulé *L'ordinateur et la vie privée*, précité, aux pp. 23 et suiv., à l'instar d'autres études similaires, décrit les hôpitaux comme l'un des sujets de préoccupation spécifiques en matière de protection de la vie privée. Cela n'est guère surprenant. Il fut un temps où les traitements médicaux étaient généralement donnés à la maison ou au cabinet du médecin, mais il va sans dire que, même à cette époque, le caractère

back as far as the Hippocratic Oath. The *Code of Ethics* of the Canadian Medical Association sets forth, as item 6 of the ethical physician's responsibilities to his patient, that he "will keep in confidence information derived from his patient, or from a colleague, regarding a patient and divulge it only with the permission of the patient except when the law requires him to do so"; see T. D. Marshall, *The Physician and Canadian Law* (2nd ed. 1979), p. 14. This is obviously necessary if one considers the vulnerability of the individual in such circumstances. He is forced to reveal information of a most intimate character and to permit invasions of his body if he is to protect his life or health. Recent trends in health care exacerbate the problems relating to privacy in the medical context, particularly in light of the health-team approach in an institutional setting and modern health information systems. If the health-team approach gives a patient easy access to a wide range of medical services, it inevitably results in the fragmentation of the classical doctor-patient relationship among a team of medical and paramedical personnel. The dehumanization that can result has led some hospitals in the United States to appoint an ombudsman for patients. The *Report of the Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information* (The Krever Commission), 1980, has drawn attention to the problem in the law enforcement context in the following passage, vol. 2, at p. 91:

... the primary concern of physicians, hospitals, their employees and other health-care providers must be the care of their patients. It is not an unreasonable assumption to make that persons in need of health care might, in some circumstances, be deterred from seeking it if they believed that physicians, hospital employees and other health-care providers were obliged to disclose confidential health information to the police in those circumstances. A free exchange of information between physicians and hospitals and the police should not be encouraged or permitted. Certainly physicians, hospital employees and other health-care workers ought not to be

confidentiel des rapports entre patient et médecin était parfaitement accepté comme une valeur importante de notre société. Cela remonte aussi loin qu'au serment d'Hippocrate. Le *Code de déontologie* de l'Association médicale canadienne porte, à l'article 6 des responsabilités déontologiques du médecin envers son patient, qu'il doit «respecter les confidences reçues du malade ou d'un confrère et ne divulguer ces renseignements qu'avec la permission du malade, sauf si la loi l'oblige à agir autrement; voir T. D. Marshall, *The Physician and Canadian Law* (2nd ed. 1979), p. 14. Cela est évidemment nécessaire si l'on considère la vulnérabilité de l'individu dans de telles circonstances. Il est forcé de divulguer les renseignements les plus intimes et d'autoriser les atteintes à son intégrité physique s'il veut protéger sa vie ou sa santé. Les tendances récentes en matière de santé ont exacerbé les problèmes relatifs au droit à la vie privée dans le contexte médical, particulièrement si l'on tient compte du concept de l'équipe de santé dans un cadre institutionnel ainsi que des systèmes modernes d'information en matière de santé. Si le concept de l'équipe de santé permet à un patient d'avoir accès facilement à toute une gamme de services médicaux, il en résulte inévitablement que les rapports classiques entre le médecin et le patient sont fragmentés entre les membres de l'équipe formée par le personnel médical et paramédical. La déshumanisation qui peut s'ensuivre a amené certains hôpitaux américains à nommer un ombudsman pour défendre les droits des patients. Le *Report of the Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information* (la commission Krever), 1980, a souligné le problème qui se pose dans le cadre de l'application de la loi, dans le passage suivant, tiré du vol. 2, à la p. 91:

[TRADUCTION] ... le souci premier des médecins, des hôpitaux, de leurs employés et des autres dispensateurs de soins de santé doit être le bien de leurs patients. Il n'est pas déraisonnable de présumer que ceux qui ont besoin de soins pourraient, dans certaines circonstances, être dissuadés de chercher à les obtenir s'ils croient que les médecins, les employés d'hôpitaux et les autres dispensateurs de soins de santé sont tenus de divulguer à la police des renseignements confidentiels sur leur santé. Le libre échange de renseignements entre le médecin, l'hôpital et la police ne devrait être ni encouragé ni autorisé. Manifestement, le médecin, les employés d'hô-

made part of the law enforcement machinery of the state. [Emphasis added.]

Under these circumstances, the demands for the protection of personal privacy become more insistent, a truth that has been recognized by governments. I look upon the *Hospitals Act* and its regulations not so much as justifying the need for privacy in this case but rather as a testimony that such protection is required. Under these circumstances, the courts must be especially alert to prevent undue incursions into the private lives of individuals by loose arrangements between hospital personnel and law enforcement officers. The *Charter*, it will be remembered, guarantees the right to be secure against unreasonable searches and seizures.

In the present case, the Crown submits that the police officer was merely given the evidence following a conversation with the doctor and did not demand it or seize it. This submission suffers from several flaws. To begin with, though we have no evidence to indicate the nature of the "conversation" between the doctor and the officer, I find it hard to believe the doctor merely volunteered it. Like the Krever Commission, I am not, as presently advised, prepared to say that doctors and hospitals should be prohibited from giving information to the police no matter what the circumstances may be. But it is one thing to inform, quite another to supply material which, if used, amounts, in the words of Lamer J. in *Pohoretsky*, *supra*, at p. 949, to conscripting the accused against himself. However, the most important flaw, and the matter that has compelling weight, is that when the officer took the sample from the doctor, he took something that the doctor held for medical purposes only, subject to a well-founded expectation that it was to be kept private. In the circumstances in which it was taken, Mr. Dymont was entitled to a reasonable expectation of privacy. If, as Dickson J. underlined in *Hunter v. Southam Inc.*, s. 8 is intended to protect "people not places", it is equally true that it is intended to protect people not things. In other words, as he indicated, that provision is concerned not merely with the protection of

pitaux et les autres travailleurs de la santé ne doivent pas être intégrés aux mécanismes d'application de la loi de l'État. [Je souligne.]

^a Dans ces circonstances, les demandes de protection de la vie privée de chacun se font plus pressantes, ce que reconnaissent les gouvernements. Je vois dans la *Hospitals Act* et dans son règlement d'application moins une justification de la nécessité de protéger les renseignements personnels en l'espèce que la preuve de la nécessité d'une telle protection. ^b Dans ces circonstances, les tribunaux doivent veiller tout particulièrement à empêcher les immixtions indues dans la vie privée des particuliers par suite de vagues arrangements pris entre le personnel hospitalier et les agents responsables de l'application de la loi. La *Charte*, on s'en souviendra, ^c garantit le droit à la protection contre les fouilles, ^d les perquisitions et les saisies abusives.

En l'espèce, le ministère public soutient que l'élément de preuve a simplement été remis à l'agent de police après sa conversation avec le ^e médecin, et qu'il ne l'a pas demandé ni procédé à sa saisie. Cet argument comporte plusieurs failles. Pour commencer, bien que nous n'ayons aucune preuve de la nature de la «conversation» entre le médecin et l'agent, j'ai peine à croire que le médecin l'ait simplement offert spontanément. ^f À l'instar de la commission Krever, je n'irai pas jusqu'à dire, compte tenu des renseignements dont je dispose, qu'il faut interdire aux médecins et aux ^g hôpitaux de donner des informations à la police quelles que soient les circonstances. Mais c'est une chose que d'informer et c'en est une toute autre que de fournir une substance qui, si utilisée, a pour effet, pour reprendre les termes du juge Lamer ^h dans l'arrêt *Pohoretsky*, précité, à la p. 949, de mobiliser l'accusé contre lui-même. Cependant, la faille la plus importante, et la question décisive, est que lorsque l'agent a reçu l'échantillon des mains du médecin, il a pris quelque chose que le médecin ⁱ avait en sa possession pour des fins médicales uniquement, sous réserve d'une expectative légitime que cela demeurerait confidentiel. Vu les circonstances dans lesquelles l'échantillon a été ^j recueilli, M. Dymont était en droit de s'attendre raisonnablement à ce que le caractère confidentiel soit préservé. Si, comme le souligne le juge Dick-

property but with the protection of the privacy interests of individuals from search or seizure. If I were to draw the line between a seizure and a mere finding of evidence, I would draw it logically and purposefully at the point at which it can reasonably be said that the individual had ceased to have a privacy interest in the subject-matter allegedly seized.

The present case may usefully be contrasted with *R. v. LeBlanc* (1981), 64 C.C.C. (2d) 31 (N.B.C.A.) There the police, after taking the accused to hospital, obtained a sample of his blood which was found on the front seat of the vehicle. The appellant in the present case observed that there can be no question that in *LeBlanc* it was a reasonable conclusion that the accused had "abandoned his blood", although it seems best to put it in *Charter* terms by saying that he had ceased to have a reasonable expectation of privacy with regard to it. In that case, the evidence was truly 'gathered', not seized. In the present case, however, the respondent may, for some purposes perhaps, be deemed to have impliedly consented to a sample being taken for medical purposes, but he retained an expectation that his privacy interest in the sample continue past the time of its taking. Indeed, the doctor, in extracting the blood, placed himself in a situation where, pursuant to professional ethics and likely to hospital management regulations as well, he was charged with a duty to use the blood only for medical purposes. Under these circumstances, the sample was surrounded by an aura of privacy meriting *Charter* protection. For the state to take it in violation of a patient's right to privacy constitutes a seizure for the purposes of s. 8.

son dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, l'art. 8 a pour but de protéger «les personnes et non les lieux», il est également vrai qu'il a pour but de protéger les personnes et non les choses. En d'autres termes, comme il l'a indiqué, cette disposition vise à protéger non seulement la propriété, mais aussi le droit à la vie privée des particuliers contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies. Si je devais tracer la ligne de démarcation entre une saisie et la simple réunion d'éléments de preuve, je la situerais, logiquement et conformément à son objet, au point où on peut raisonnablement affirmer que l'individu n'a plus droit à la préservation du caractère confidentiel de l'objet qui serait saisi.

On peut opposer utilement l'espèce à l'affaire *R. v. LeBlanc* (1981), 64 C.C.C. (2d) 31 (C.A.N.-B.) Dans cette affaire, la police, après avoir amené l'accusé à l'hôpital, avait prélevé un échantillon de son sang à même une tâche de sang trouvée sur le siège avant du véhicule. L'appelant, en l'espèce, a fait observer qu'il est incontestable que, dans l'affaire *LeBlanc*, on pouvait raisonnablement conclure que l'accusé avait [TRADUCTION] «abandonné son sang», bien qu'il semble préférable de reprendre les termes de la *Charte*, en affirmant qu'il ne pouvait plus raisonnablement s'attendre à ce qu'on en préserve le caractère confidentiel. Dans cette affaire, l'élément de preuve avait été véritablement «recueilli» et non saisi. En l'espèce cependant, il est possible, à certaines fins peut-être, de présumer que l'intimé a consenti implicitement au prélèvement d'un échantillon pour fins médicales, mais il pouvait toujours s'attendre à ce que son droit à la préservation du caractère confidentiel de l'échantillon subsiste après son prélèvement. D'ailleurs, le médecin, en prélevant le sang, s'est placé dans une situation où, selon les règles déontologiques de sa profession et aussi, vraisemblablement, selon la réglementation de la direction de l'hôpital, il avait l'obligation de n'utiliser le sang qu'à des fins médicales. Dans ces circonstances, une atmosphère de «confidentialité» méritant la protection de la *Charte* entourait l'échantillon. L'État, en en prenant possession contrairement au droit du patient à la vie privée, a procédé à une saisie aux fins de l'art. 8.

I, therefore, conclude that in taking the blood sample, the officer breached Mr. Dymont's privacy interests in it, and so effected a seizure within the meaning of s. 8.

Was the Seizure Unreasonable?

Counsel for the Crown submitted that if the taking by the police constituted a seizure within the meaning of s. 8, it was reasonable even though this might be illegal. This Court has since had occasion to deal with this issue in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. However, I need not for the purposes of this case consider whether or not the taking of the blood was illegal, since it is clear to me, quite apart from this issue, that the seizure here was not reasonable.

To begin with, I do not accept that the violation of Mr. Dymont's privacy interests was minimal. As I indicated, to use an individual's blood or other bodily substances confided to others for medical purposes for purposes other than these seriously violates the personal autonomy of the individual. In this particular case, the seizure infringed upon all the spheres of privacy already identified, spatial, personal and informational. Under these circumstances, it seems to me that in the absence of pressing necessity, it was unreasonable for the police officer to act as he did. The needs of law enforcement are important, even beneficent, but there is danger when this goal is pursued with too much zeal. Given the danger to individual privacy of an easy flow of information from hospitals and others, the taking by the police of a blood sample from a doctor who has obtained it for medical purposes cannot be viewed as anything but unreasonable in the absence of compelling circumstances of pressing necessity; see *R. v. Santa* (1983), 6 C.R.R. 244 (Sask. Prov. Ct.), at p. 251. The need to follow established rules in cases like this is overwhelming. We would do well to heed the wise and eloquent words of Brandeis J. (dissenting) in *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928), at p. 479: "The greatest dangers to

Par conséquent, je conclus qu'en prenant possession de l'échantillon de sang, l'agent a porté atteinte au droit qu'avait M. Dymont à ce qu'il demeure confidentiel et a ainsi procédé à une saisie au sens de l'art. 8.

La saisie était-elle abusive?

L'avocat du ministère public a fait valoir que si la prise de possession par la police constituait une saisie au sens de l'art. 8, elle était raisonnable même s'il se pouvait qu'elle soit illégale. Cette Cour a depuis eu l'occasion de traiter cette question dans *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. Cependant, il ne m'est pas nécessaire, aux fins de la présente affaire, d'examiner si le prélèvement de sang était illégal puisqu'il est clair quant à moi, cette question mise tout à fait à part, que la saisie en l'espèce était abusive.

Pour commencer, je n'accepte pas que l'atteinte au droit à la vie privée de M. Dymont a été minimale. Comme je l'ai indiqué, l'utilisation du sang d'une personne, ou d'autres substances corporelles confiées à des tiers pour des fins médicales, à d'autres fins que celles-ci porte gravement atteinte à l'autonomie personnelle de l'individu. Dans ce cas particulier, la saisie a porté atteinte au droit à la vie privée sous tous ses aspects déjà identifiés, savoir les aspects spatiaux, physiques et informationnels. Dans ces circonstances, il me semble qu'en l'absence de nécessité urgente, il était abusif de la part de l'agent de police d'agir comme il l'a fait. La nécessité d'appliquer la loi est importante, voire salutaire, mais il y a danger lorsque cet objectif est poursuivi avec trop de zèle. Compte tenu du danger que représente pour la vie privée des particuliers la libre circulation de renseignements provenant des hôpitaux et des autres, la remise à la police d'un échantillon de sang par le médecin qui l'a obtenu à des fins médicales ne peut être considérée que comme abusive en l'absence d'une nécessité et irrésistible urgence; voir *R. v. Santa* (1983), 6 C.R.R. 244 (C. prov. Sask.), à la p. 251. La nécessité de respecter les règles établies dans des cas comme celui-là est primordiale. Nous ferions bien de tenir compte des propos sages et éloquentes tenus par le juge Brandeis (dissident) dans l'arrêt *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928), à la p. 479: [TRADUCTION] «Les plus

liberty lurk in insidious encroachment by men of zeal, well-meaning but without understanding.”

In *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, at p. 161, this Court expressed the view that “where it is feasible to obtain prior authorization, . . . such authorization is a precondition for a [constitutionally] valid search and seizure” (emphasis added). In the present case, as I observed earlier, the focus is not predominantly on the taking of the sample by the physician, but on its seizure by the police. It seems obvious to me that, assuming adequate cause, the police officer could have obtained a warrant authorizing the seizure of the sample (as happened, for example, in *R. v. Carter* (1982), 144 D.L.R. (3d) 301 (Ont. C.A.)), and there was nothing that could justify his failure to do so. No exigent circumstances existed because the blood had been extracted within the two-hour limit that is said to be essential to an accurate test. Indeed, when the facts are scrutinized, the most probable reason why no warrant was obtained was because the officer lacked the requisite belief that the accused had committed an offence and that the seizure was likely to yield evidence which was probative of that offence. Not only do the circumstances not reveal circumstances capable of justifying the failure to obtain a warrant, but the conduct of the police failed to comport with the minimal constitutional requirement that there be reasonable and probable grounds to believe that the search would yield evidence. As this Court observed in *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, at pp. 167-68:

The state’s interest in detecting and preventing crime begins to prevail over the individual’s interest in being left alone at the point where credibly-based probability replaces suspicion. History has confirmed the appropriateness of this requirement as the threshold for subordinating the expectation of privacy to the needs of law enforcement. Where the state’s interest is not simply law enforcement as, for instance, where state security is involved, or where the individual’s interest is not simply his expectation of privacy as, for instance, when the

grands dangers pour la liberté résident dans les empiètements insidieux de la part d’hommes zélés, de bonne volonté mais inconscients.»

Dans l’arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité, à la p. 161, cette Cour a exprimé l’avis «qu’une . . . autorisation [préalable], lorsqu’elle peut être obtenue, est une condition préalable de la validité [constitutionnelle] d’une fouille, d’une perquisition et d’une saisie» (je souligne). En l’espèce, comme je l’ai fait observer précédemment, l’accent n’est pas principalement mis sur le prélèvement de l’échantillon par le médecin, mais plutôt sur sa saisie par la police. Il me semble évident qu’en supposant qu’il ait eu un motif suffisant, l’agent de police aurait pu obtenir un mandat autorisant la saisie de l’échantillon (comme cela s’est produit, par exemple, dans l’affaire *R. v. Carter* (1982), 144 D.L.R. (3d) 301 (C.A. Ont.)), et rien ne le justifiait de ne pas l’avoir demandé. Il n’y avait aucune circonstance urgente puisque le sang avait été prélevé à l’intérieur du délai de deux heures que l’on dit essentiel pour obtenir un test précis. En réalité, si on examine les faits de près, on se rend compte que le motif le plus probable pour lequel aucun mandat n’a été obtenu est que l’agent n’avait pas la conviction requise que l’accusé avait commis une infraction et que la saisie serait susceptible de fournir des éléments de preuve établissant l’existence de cette infraction. Non seulement les circonstances ne révèlent-elles pas des conditions pouvant justifier l’omission d’obtenir un mandat, mais encore elles montrent que le policier ne s’est pas conformé à l’exigence constitutionnelle minimale qu’il y ait des motifs raisonnables et probables de croire que la saisie permettrait de réunir des éléments de preuve. Comme la Cour le fait observer dans l’arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité, aux pp. 167 et 168:

Le droit de l’État de déceler et de prévenir le crime commence à l’emporter sur le droit du particulier de ne pas être importuné lorsque les soupçons font place à la probabilité fondée sur la crédibilité. L’histoire confirme la justesse de cette exigence comme point à partir duquel les attentes en matière de la vie privée doivent céder le pas à la nécessité d’appliquer la loi. Si le droit de l’État ne consistait pas simplement à appliquer la loi comme, par exemple, lorsque la sécurité de l’État est en cause, ou si le droit du particulier ne correspondait pas

search threatens his bodily integrity, the relevant standard might well be a different one.

Quite simply, the constitution does not tolerate a "low standard which would validate intrusion on the basis of suspicion, and authorize fishing expeditions of considerable latitude" (*Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, at p. 167); if anything, when the search and seizure relates to the integrity of the body rather than the home, for example, the standard is even higher than usual. I have no difficulty concluding that even if the seizure in this case was legal, it was clearly unreasonable in terms of s. 8.

I would add one further thought. In sensitive areas like this, it is important in the interests of law enforcement that there be clear rules for the guidance of police conduct, so as to maintain the support of the citizenry for law enforcement authorities. It is also important for them to know precisely how far they should go for their own protection and guidance. As the Law Reform Commission of Canada states in its *Report on Obtaining Forensic Evidence* (No. 25, 1985), at p. 1:

Besides protecting those individual interests that are directly threatened by the spectre of unchecked state power and unfettered police discretion, the creation of legal rules is necessary to provide the police with adequate guidance as to how they should conduct criminal investigations, and thereby to ensure that such investigations conform to the standards set by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Should the Evidence Be Excluded?

The factors to be taken into account in determining whether evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter* because it would bring the administration of justice into disrepute have already been set forth by this Court in *R. v. Collins*, *supra*, and I need only examine those that are particularly relevant here.

simplement à ses attentes en matière de vie privée comme, par exemple, lorsque la fouille ou la perquisition menace son intégrité physique, le critère pertinent pourrait fort bien être différent.

^a Tout simplement, la constitution ne tolère pas un «critère très faible qui permettrait de valider une intrusion commise par suite de soupçons et autoriserait des recherches à l'aveuglette très étendues» (*Hunter c. Southam Inc.*, précité, à la p. 167); si tant est, lorsque la fouille et la saisie mettent en cause l'intégrité physique plutôt que le domicile, par exemple, le critère est encore plus élevé. Je conclus sans difficulté que, même si la saisie en ^c l'espèce était légale, elle était manifestement abusive au sens de l'art. 8.

Et j'ajouterais ceci. Dans des domaines aussi délicats que celui-ci, il importe, dans l'intérêt ^d même de l'application de la loi, qu'il y ait des règles claires pour guider la conduite des policiers, afin que les citoyens continuent d'appuyer les autorités responsables de l'application de la loi. Il est aussi important qu'ils sachent précisément ^e jusqu'où ils peuvent aller, et ce, pour leurs propres protection et gouverne. Comme la Commission de réforme du droit du Canada l'affirme dans son *Rapport sur les techniques d'investigation policière et les droits de la personne* (n° 25, 1985), à la ^f p. 1:

Si l'institution de règles s'impose à ce chapitre, ce n'est du reste pas seulement en vue de la protection des droits individuels mis directement en péril par le caractère ^g discrétionnaire des pouvoirs conférés à la police, représentante de l'État tout-puissant. En effet, une telle réglementation est par ailleurs indispensable si l'on veut que les agents de la paix connaissent les limites de leurs pouvoirs, et soient ainsi en mesure de veiller à ce que ^h leurs enquêtes satisfassent aux critères énoncés dans la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Devrait-on écarter l'élément de preuve?

La Cour a déjà énoncé, dans l'arrêt *R. c. Collins*, précité, les facteurs dont il faut tenir compte pour décider si un élément de preuve doit être ⁱ écarté en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, pour le motif qu'il est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, aussi n'ai-je qu'à examiner ^j ceux qui sont particulièrement pertinents en l'espèce.

The *Charter* breach, in my view, was a very serious one. In *Pohoretsky, supra*, at p. 949, Lamer J. observed that “a violation of the sanctity of a person’s body is much more serious than that of his office or even of his home”. It is true that the police in that case were directly implicated in the invasion of the appellant’s body. However, as I earlier indicated, the sense of privacy transcends the physical. The dignity of the human being is equally seriously violated when use is made of bodily substances taken by others for medical purposes in a manner that does not respect that limitation. In my view, the trust and confidence of the public in the administration of medical facilities would be seriously taxed if an easy and informal flow of information, and particularly of bodily substances from hospitals to the police, were allowed. In *R. v. DeCoste* (1983), 60 N.S.R. (2d) 170 (S.C.T.D.), at p. 174, Grant J. stated his belief that “members of the public consider a hospital as a place where the sick and injured are treated and not a place where a doctor would take blood from an unconscious or semi-conscious person for the sole purpose of satisfying the unlawful demand or request of a police officer”. I agree, and I do not think they would feel differently about doctors and medical personnel freely handing over blood taken for medical purposes to a police officer or the police officer accepting it when there are well-known and recognized procedures for obtaining such evidence when the police have reasonable and probable grounds for believing a crime has been committed. In such a case, all are implicated in a flagrant breach of personal privacy. Though he spoke in terms of the pre-*Charter* “community shock” test, Mitchell J. in this case was substantially right when he stated at p. 355:

If the court received evidence obtained by taking a blood sample without consent, medical necessity or lawful authority, and without the police having any probable cause, it would bring the administration of justice into disrepute . . . What happened here constitutes such a gross violation to the sanctity, integrity and

J’estime qu’il y a eu violation très grave de la *Charte*. Dans l’arrêt *Pohoretsky*, précité, à la p. 949, le juge Lamer fait observer qu’une «violation de l’intégrité physique de la personne humaine est une affaire beaucoup plus grave que celle de son bureau ou même de son domicile». Il est vrai que la police, dans cette affaire, était directement impliquée dans l’atteinte à l’intégrité physique de l’appelant. Toutefois, comme je l’ai indiqué précédemment, la vie privée ne s’entend pas qu’au sens physique. La dignité de l’être humain est tout aussi gravement atteinte lorsqu’il y a utilisation de substances corporelles, recueillies par des tiers à des fins médicales, d’une manière qui ne respecte pas cette limite. À mon avis, la confiance du public dans l’administration des services médicaux serait mise à rude épreuve si l’on devait autoriser la circulation libre et informelle de renseignements, et particulièrement de substances corporelles, des hôpitaux vers la police. Dans l’affaire *R. v. DeCoste* (1983), 60 N.S.R. (2d) 170 (C.S.D.P.I.), à la p. 174, le juge Grant dit penser que [TRADUCTION] «le public considère un hôpital comme un lieu où les malades et les blessés sont traités et non comme un lieu où un médecin prélèverait le sang d’une personne inconsciente ou semi-consciente dans le seul but d’obtempérer à une demande illicite d’un agent de police». Je partage cet avis et je ne pense pas que le sentiment du public serait différent envers les médecins et le personnel médical qui remettraient spontanément du sang, prélevé pour des fins médicales, à un agent de police, ou envers l’agent de police qui l’accepterait, alors qu’il existe une procédure établie et bien connue pour obtenir ce genre d’élément de preuve dans le cas où l’agent a des motifs raisonnables et probables de croire qu’un crime a été commis. Dans un tel cas, ils sont tous impliqués dans une violation flagrante de la vie privée d’une personne. Même s’il s’exprimait en fonction du critère de [TRADUCTION] «l’indignation de la collectivité» appliqué avant la *Charte*, le juge Mitchell a eu essentiellement raison d’affirmer en l’espèce, à la p. 355:

[TRADUCTION] Si le tribunal reçoit un élément de preuve obtenu grâce au prélèvement d’un échantillon de sang effectué sans qu’il y ait eu consentement, nécessité médicale ni autorisation légale et sans que le policier ait eu des motifs raisonnables de le faire, cela est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice . . . Ce

privacy of the appellant's bodily substances and medical records that the community would be shocked and appalled if the court allowed the admission of this evidence in the face of the *Charter*.

Such a practice would bring both the administration of health services and the administration of justice into disrepute.

This is all the more so having regard to the manner in which the sample was obtained — a manner that MacDonald J. regarded as constituting a flagrant breach of the *Charter*. As he put it at p. 218:

... I find that the manner in which the sample was here obtained would bring the administration of justice into disrepute. I have reached this conclusion because I consider the breach of the respondent's Charter rights to have been flagrant. Time was not a factor in this case and there were other investigative techniques that could have been used to obtain the evidence. The blood sample had been taken within the two hour limitation period and there was no evidence that it would be destroyed.

While, as he added, there was no evidence that the respondent's rights were knowingly breached, I agree with him that such lax police procedures cannot be condoned.

Disposition

Under these circumstances, I agree with the courts below that the evidence should be excluded, and I would, therefore, dismiss the appeal.

The judgment of Beetz, Lamer and Wilson JJ. was delivered by

LAMER J.—My brother Justice La Forest has set out the facts, summarized the judgments below and stated the issues to be addressed.

For the reasons given by my brother La Forest J., the fact that the doctor, at the time he remitted the vial to the police, had in his possession the respondent's blood subject to a duty to respect respondent's privacy is sufficient to qualify the

qui s'est produit ici constitue une atteinte à l'inviolabilité, à l'intégrité et au caractère intime des substances corporelles de l'appelant, et des dossiers médicaux, tellement grave que la collectivité serait indignée et consternée si un tribunal admettait cet élément de preuve en dépit de la *Charte*.

Ce genre de pratique est susceptible de déconsidérer à la fois l'administration des services de santé et celle de la justice.

Et cela d'autant plus si l'on s'arrête à la façon dont l'échantillon a été obtenu, que le juge MacDonald a considérée comme constituant une violation flagrante de la *Charte*. Comme il le dit, à la p. 218:

[TRADUCTION] . . . je constate que la façon dont l'échantillon a été obtenu en l'espèce est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. J'arrive à cette conclusion parce que je considère que l'atteinte aux droits conférés par la Charte à l'intimé était flagrante. Il n'y avait pas urgence en l'espèce et il existait d'autres techniques d'investigation auxquelles on aurait pu avoir recours pour obtenir l'élément de preuve. L'échantillon de sang avait été prélevé à l'intérieur du délai imparti de deux heures et rien n'indiquait qu'il serait détruit.

S'il est vrai, comme il l'ajoute, qu'il n'y a aucune preuve que les droits de l'intimé ont été sciemment violés, je dois convenir avec lui qu'on ne saurait excuser des méthodes aussi relâchées de la part de la police.

Dispositif

Dans ces circonstances, je partage l'avis des tribunaux d'instance inférieure que la preuve devrait être écartée et, par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française du jugement des juges Beetz, Lamer et Wilson rendu par

LE JUGE LAMER—Mon collègue le juge La Forest a exposé les faits, résumé les décisions des tribunaux d'instance inférieure et énoncé les questions qu'il nous faut aborder.

Pour les raisons données par le juge La Forest, le fait qu'au moment où il a remis l'éprouvette à la police, le médecin avait en sa possession du sang de l'intimé, possession assujettie à l'obligation de respecter le droit à la vie privée de ce dernier, est

receipt by the police of the vial of blood without the consent of the doctor's patient as being a seizure as that term is meant in s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As it was a warrantless seizure, the evidentiary burden of establishing that it was nevertheless a lawful seizure rested upon the shoulders of the Crown (see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 161). The Crown has not adduced any evidence supportive of that conclusion, and there is no evidence on record in that regard. The seizure was therefore an unlawful one. Furthermore, there was no urgency or any other reason justifying such a seizure without first obtaining a warrant, assuming, of course, that the police officer, after having spoken to the doctor, could bring himself within the conditions required for obtaining a valid warrant. In *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, I (along with the Chief Justice and Justices Wilson and La Forest) was of the view that to be reasonable, a search or seizure had to meet the following requirements (p. 278):

A search will be reasonable if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and if the manner in which the search was carried out is reasonable.

The fact that the seizure in this case was unlawful, in my view, ends the enquiry as to whether the search was an unreasonable one. The only issue left is whether the evidence should be excluded. For the reasons given by my brother La Forest J., I am of the view that this is a case where the evidence must be excluded and the appeal dismissed.

The following are the reasons delivered by

MCINTYRE J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the reasons for judgment prepared in this appeal by my colleagues, Justices La Forest and Lamer. I am unable, however, with great deference to their views, to agree with their judgments.

The facts have been recited by La Forest J. and they reveal that the doctor without consent took free-flowing blood from the unconscious respondent for medical purposes. He later gave the blood to the police officer. There is no evidence as to

suffisant pour considérer que la prise de possession par la police de l'éprouvette contenant le sang du patient sans son consentement constitue une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Comme il s'agissait d'une saisie sans mandat, la charge de présentation établissant que la saisie était néanmoins légale incombait au ministère public (voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 161). Le ministère public n'a présenté aucune preuve appuyant cette conclusion et le dossier ne contient aucun élément de preuve à cet égard. La saisie était donc illégale. En outre, il n'y avait pas d'urgence ni aucune autre raison d'effectuer cette saisie sans avoir obtenu préalablement un mandat, à supposer, bien sûr, que l'agent de police, après avoir parlé au médecin, pouvait satisfaire aux conditions requises pour obtenir un mandat valide. Dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, j'ai (conjointement avec le Juge en chef et les juges Wilson et La Forest) exprimé l'avis que pour qu'une fouille, une perquisition ou une saisie ne soit pas abusive, elle doit satisfaire aux exigences suivantes (à la p. 278):

Une fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n'a rien d'abusif et si la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive.

Le fait que la saisie est illégale en l'espèce répond à la question de savoir si la fouille était abusive. Il reste seulement à déterminer si la preuve devrait être écartée. Pour les raisons données par mon collègue le juge La Forest, je suis d'avis qu'il s'agit d'un cas où la preuve doit être écartée et le pourvoi rejeté.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCINTYRE (dissident)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs que mes collègues les juges La Forest et Lamer ont rédigés en l'espèce. Toutefois, avec les plus grands égards pour leur point de vue, je suis incapable d'y souscrire.

Les faits exposés par le juge La Forest révèlent que le médecin, sans le consentement de l'intimé qui était inconscient, a prélevé, à des fins médicales, un échantillon du sang qui coulait d'une plaie. Il a par la suite remis le sang à l'agent de police.

what passed between the doctor and the police officer and no inference adverse to the officer may be drawn. The evidence does disclose, however, that the officer did not request the taking of the blood sample and he did not see the doctor take it.

I agree with La Forest J. that there was no search here. If there was a wrongful seizure, it was made by the doctor and there is no evidence which would implicate the police officer. The sole question here is whether the evidence of the blood analysis, because of the improper disposition of this blood sample by the doctor, should be excluded. It may only be excluded if its admission would bring the administration of justice into disrepute.

It should be observed that Dymont was charged with having care and control of a motor vehicle having consumed alcohol in such quantity that the proportion thereof in his blood exceeded 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood. The sample would have been decisive in this case.

I am unable to consider that the admission of this evidence would bring the administration of justice into disrepute. No misconduct is shown against the police officer and there is nothing to indicate any bad faith on his part. Any wrongful seizure by the doctor or any wrongful dealing with the sample may be put at his door, but there is nothing to show impropriety on the part of the police. Indeed, having received "real evidence" decisive of the issue in the case it was his duty to tender it in evidence. In this, I would refer to the reasons of the Chief Justice in *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548, in reaching a similar conclusion relating to the exclusion of evidence under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I would allow the appeal and restore the conviction.

Appeal dismissed, MCINTYRE J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Darrell E. Coombs, Charlottetown.

Solicitor for the respondent: John W. Maynard, O'Leary.

Aucune preuve n'indique ce qui s'est passé entre le médecin et l'agent de police et aucune déduction défavorable à l'agent de police ne peut être faite. La preuve révèle cependant que l'agent n'avait pas demandé le prélèvement d'un échantillon de sang et qu'il n'a pas vu le médecin le prélever.

Je partage l'opinion du juge La Forest qu'il n'y a eu aucune fouille en l'espèce. S'il y a eu saisie illégale, c'est le médecin qui l'a faite, et il n'y a aucune preuve qui impliquerait l'agent de police. La seule question en l'espèce est de savoir si, en raison de l'utilisation irrégulière de l'échantillon de sang par le médecin, la preuve de l'analyse du sang devrait être écartée. Elle ne peut être écartée que si son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Il convient de souligner que Dymont a été accusé d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors qu'il avait consommé une quantité d'alcool telle que son alcoolémie dépassait 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang. L'échantillon aurait été déterminant dans ce cas.

Je ne peux conclure que l'admission de cette preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Rien n'indique que l'agent de police se soit mal conduit ni qu'il ait fait preuve de mauvaise foi. On peut attribuer au médecin une saisie illégale ou un traitement irrégulier de l'échantillon, mais rien ne peut être reproché à l'agent de police. En effet, ayant obtenu une «preuve matérielle», déterminante quant à la question en litige, il lui incombait de la produire en preuve. À cet égard, je renvoie aux motifs du Juge en chef dans l'arrêt *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548, pour rendre une décision semblable concernant l'irrecevabilité d'éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité.

Pourvoi rejeté, le juge MCINTYRE est dissident.

Procureur de l'appelante: Darrell E. Coombs, Charlottetown.

Procureur de l'intimé: John W. Maynard, O'Leary.

Arnold Godfried Schwartz *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada *Intervener*

INDEXED AS: R. v. SCHWARTZ

File No.: 18401.

1987: October 14; 1988: December 8.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Gun control — Reverse onus with respect to proof of registration certificate for restricted weapon — Whether reverse onus infringing presumption of innocence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 89(1)(a), (b), 106.7(1), (2).

Criminal law — Gun control — Registration certificate for restricted weapon — Owner of weapon required to prove possession of certificate — Whether reverse onus infringing presumption of innocence guaranteed by Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 89(1)(a), (b), 106.7(1), (2).

Courts — Jurisdiction — Appeal from summary conviction appeal court — Jurisdiction of Court of Appeal.

Appellant was convicted in Provincial Court on two counts of unlawful possession of a restricted weapon. The original owner had purchased the weapons in the United States, had registered them in Canada when he moved to Winnipeg, and had given the registration papers, which were in his name, to appellant when appellant bought the weapons. Appellant's application for a firearms acquisition certificate was refused by the Winnipeg Police. The police later searched appellant's home and confiscated the restricted weapons. The con-

* Estey J. took no part in the judgment.

Arnold Godfried Schwartz *Appellant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

a

et

Le procureur général du Canada *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. SCHWARTZ

b

N° du greffe: 18401.

1987: 14 octobre; 1988: 8 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Contrôle des armes à feu — Inversion de la charge de la preuve de l'existence d'un certificat d'enregistrement pour une arme à autorisation restreinte — L'inversion de la charge de la preuve porte-t-elle atteinte à la présomption d'innocence? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 89(1)a), b), 106.7(1), (2).

Droit criminel — Contrôle des armes à feu — Certificat d'enregistrement pour une arme à autorisation restreinte — Le propriétaire d'une arme est tenu de prouver qu'il est titulaire d'un certificat — L'inversion de la charge de la preuve porte-t-elle atteinte à la présomption d'innocence garantie par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 89(1)a), b), 106.7(1), (2).

Tribunaux — Compétence — Appel contre une décision d'un tribunal d'appel des déclarations sommaires de culpabilité — Compétence de la Cour d'appel.

En Cour provinciale l'appellant a été déclaré coupable relativement à deux chefs d'accusation de possession illicite d'une arme à autorisation restreinte. Le premier propriétaire des armes en question les avait achetées aux États-Unis, les avait fait enregistrer au Canada après avoir déménagé à Winnipeg et avait remis les papiers d'enregistrement, qui étaient à son nom, à l'appellant quand celui-ci s'est porté acquéreur des armes. L'appellant a présenté une demande d'autorisation d'acquisition d'armes à feu qui a été rejetée par la police de Winni-

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

victions were quashed by the summary conviction appeal court but were restored by the Court of Appeal. The constitutional question before the Court dealt with whether s. 106.7(1) of the *Criminal Code* contravened s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Also at issue was whether the Court of Appeal erred in deciding the appeal on a question of fact or, in the alternative, on a question of mixed fact and law.

Held (Dickson C.J. and Lamer J. dissenting): The appeal should be dismissed. The constitutional question should be answered in the negative.

Per McIntyre, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: A question of law involving the admissibility of evidence was raised here. To set aside an acquittal, the Crown must satisfy the Court that the result would not necessarily have been the same if the error made at trial had not occurred. The Crown met that test.

Parliament in enacting Part II.1 of the *Criminal Code* intended to prohibit the acquisition and use of weapons except as permitted by the strict controls it prescribed. Only a person possessing a restricted weapon for which he has no registration certificate can be convicted under s. 89(1). If a certificate of registration is not obtained, a criminal offence arises from the mere possession of the restricted firearm. Far from reversing any onus, s. 106.7 provides that a document purporting to be a valid registration certificate is evidence and proof of the statements contained therein and exempts an accused from prosecution.

Although the accused must establish that he falls within the exemption, there is no danger that he could be convicted under s. 89(1), despite the existence of a reasonable doubt as to guilt, because the production of the certificate resolves all doubts in favour of the accused and in the absence of the certificate no defence is possible once possession has been shown.

It was not necessary to consider s. 1 here. The impugned legislation, however, did meet the *Oakes* test. Firstly, its objective was sufficiently important to warrant overriding a constitutionally protected right. Secondly, the proportionality test was met. The provisions were rational, fair and not arbitrary; they impaired

peg. La police a par la suite perquisitionné au domicile de l'appelant et a confisqué les armes à autorisation restreinte. Les déclarations de culpabilité ont été annulées par le tribunal d'appel des déclarations sommaires de culpabilité, mais rétablies par la Cour d'appel. La question constitutionnelle dont la Cour a été saisie est de savoir si le par. 106.7(1) du *Code criminel* enfreint l'al. 11(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Également en litige est la question de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en tranchant l'appel sur une question de fait ou, subsidiairement, sur une question mixte de fait et de droit.

Arrêt (le juge en chef Dickson et le juge Lamer sont dissidents): Le pourvoi est rejeté. La question constitutionnelle reçoit une réponse négative.

Les juges McIntyre, La Forest et L'Heureux-Dubé: Une question de droit concernant l'admissibilité d'éléments de preuve a été soulevée en l'espèce. Pour faire annuler un acquittement, le ministère public doit convaincre la cour que le résultat n'aurait pas nécessairement été le même en l'absence de l'erreur commise au procès. Le ministère public a satisfait à cette exigence.

Le législateur a adopté la partie II.1 du *Code criminel* avec l'intention d'interdire l'acquisition et l'usage d'armes, sauf dans la mesure où cela est permis par les règles strictes prescrites. Seule une personne ayant en sa possession une arme à autorisation restreinte pour laquelle elle n'a pas de certificat d'enregistrement peut être déclarée coupable en vertu du par. 89(1). Si on ne se procure pas un certificat d'enregistrement, la simple possession de l'arme à feu à autorisation restreinte constitue une infraction criminelle. L'article 106.7, loin de renverser la charge de la preuve, prévoit qu'un document donné comme étant un certificat d'enregistrement valide constitue une preuve et, à ce titre, établit la véracité des déclarations qui y sont contenues et protège l'accusé contre toute poursuite.

Bien que l'accusé doive établir qu'il relève de l'exemption, il n'y a aucun danger qu'il soit déclaré coupable en vertu du par. 89(1) malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à sa culpabilité, parce que la production du certificat dissipe tous les doutes en faveur de l'accusé et en l'absence d'un certificat, aucun moyen de défense ne peut être invoqué du moment que la possession a été démontrée.

Il n'est pas nécessaire d'examiner l'article premier en l'espèce. Toutefois la disposition législative attaquée satisfaisait au test de l'arrêt *Oakes*. Premièrement son objectif est suffisamment important pour justifier qu'il l'emporte sur un droit protégé par la Constitution. Deuxièmement, le critère de la proportionnalité a été

the protected right as little as possible; and, the measures adopted were carefully tailored to balance the community interest and the interest of those wanting to legally possess weapons.

Per Beetz J.: Given the dates of pre-*Charter* trial and post-*Charter* summary conviction appeal, it was assumed without deciding that the *Charter* applied; the reasons of McIntyre J. were concurred in.

Per Dickson C.J. (dissenting): Any burden on the accused that permits a conviction despite the presence of a reasonable doubt violates the presumption of innocence, regardless of the nature of the point the accused was required to prove. Otherwise, an accused, forced but unable to persuade the finder of fact of his or her innocence on a balance of probabilities, would be convicted of a criminal offence despite the existence of a reasonable doubt as to his or her guilt. The differences between defences which deny the existence of an essential element of an offence and defences that admit the existence of those elements do not affect the review of a provision under s. 11(d). When the facts give rise to the possibility of either type of defence, the Crown should be required to disprove them by proof of guilt beyond a reasonable doubt.

Lack of registration, whether or not it is an "essential element" of s. 89(1) of the *Code*, is essential to the verdict. Section 106.7(1) relieves the Crown of the onus of proof beyond a reasonable doubt and requires the person charged under s. 89(1) to "prove" possession of a registration certificate on a balance of probabilities. The accused, therefore, is required to raise a more than a reasonable doubt. An accused, unable to meet this persuasive burden, could be convicted of unlawful possession of a restricted weapon notwithstanding the potential existence of a reasonable doubt.

The presumption of innocence guaranteed by s. 11(d) of the *Charter* is not subject to statutory or common law exceptions and is infringed by any provision requiring that the accused bear a persuasive burden. In some instances, however, the accused may be required to point out some evidential basis to raise a defence which the Crown must then disprove beyond a reasonable doubt. Factors such as ease of proof and a rational connection

rempli. Les dispositions sont justes, rationnelles et non arbitraires, elles portent le moins possible atteinte au droit protégé et les mesures adoptées ont été soigneusement conçues de façon à équilibrer l'intérêt de la collectivité et celui de personnes qui désirent posséder légalement des armes à feu.

Le juge Beetz: Étant donné que le procès est antérieur à la *Charte* et que l'appel de la déclaration sommaire de culpabilité est postérieur à la *Charte*, il est pris pour acquis, sans pour autant en décider, que la *Charte* s'applique et les motifs du juge McIntyre sont adoptés.

Le juge en chef Dickson (dissident): Tout fardeau incombant à un accusé qui permet une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable porte atteinte à la présomption d'innocence, peu importe la nature du point que l'accusé est tenu de démontrer. Autrement un inculpé, forcé mais incapable de persuader le juge des faits de son innocence par la prépondérance des probabilités, sera reconnu coupable d'une infraction criminelle en dépit de l'existence d'un doute raisonnable quant à culpabilité. Les différences entre les moyens de défense qui nient l'existence d'un élément essentiel d'une infraction et ceux qui reconnaissent l'existence de ces éléments, ne sauraient influencer sur l'examen d'une disposition en vertu de l'al. 11d). Lorsque les faits permettent d'invoquer l'un ou l'autre genre de défense, le ministère public devrait être obligé de les réfuter par une preuve de culpabilité hors de tout doute raisonnable.

Que le non-enregistrement constitue ou non un «élément essentiel» du par. 89(1) du *Code*, il est essentiel pour le verdict. Le paragraphe 106.7(1) enlève au ministère public la charge de la preuve hors de tout doute raisonnable et met à la charge de la personne inculpée en vertu du par. 89(1) de «prouver» qu'elle détient un certificat d'enregistrement selon la prépondérance des probabilités. L'accusé est donc obligé de soulever plus qu'un doute raisonnable. Ainsi un accusé incapable de s'acquitter de ce fardeau de persuasion pourrait être reconnu coupable de possession illicite d'une arme à autorisation restreinte malgré l'éventuelle existence d'un doute raisonnable.

La présomption d'innocence, garantie par l'al. 11d) de la *Charte*, n'est pas sujette à des exceptions législatives ou découlant de la *common law* et toute disposition qui impose à l'accusé une charge de persuasion y porte atteinte. Dans certains cas, toutefois, l'accusé peut être tenu de souligner certains éléments de preuve pour pouvoir soulever une défense que le ministère public doit alors réfuter hors de tout doute raisonnable. Des facteurs comme la facilité de preuve et l'existence d'un lien rationnel touchent à la justification d'une violation et

go to the justification for an infringement and should be considered in the s. 1 analysis.

The *Code* contains a comprehensive 'gun control' legislative scheme intended to discourage the use of firearms. The objective behind Part II.1 in general and s. 106.7(1) in particular relates to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society. The proportionality test in *Oakes*, however, was not met. There was no rational connection between the provision and the objective. The proved fact (possession of a restricted weapon) did not prove the presumed fact (lack of a registration certificate). The presumption of innocence was not impaired "as little as possible" by the challenged provision. To authenticate the certificate, the accused must testify (and so choose between his constitutionally guaranteed rights not to testify or to be presumed innocent) or call the local registrar of firearms as a defence witness. The Crown can disprove the existence of a registration certificate with information from the local registrar of firearms as to whether or not a certificate has been issued and, as a backup, from the central registry of all registration certificates.

Section 106.7(1) is not completely invalid notwithstanding the invalidity of its application here. While the nature of the registration figured highly in the s. 1 analysis here, the justification for s. 106.7(1) in connection with other documents or permits in Part II.1 could likely involve different issues and a different s. 1 analysis.

Per Lamer J. (dissenting): The disposition and the reasons of the Chief Justice, except for the objective assigned to s. 106.7 under the s. 1 scrutiny, were concurred in.

Section 106.7(1) is neither particular nor essential to weapons legislation. It is a purely evidentiary section intended to relieve the prosecution of the inconvenience of securing a certificate from the appropriate authority attesting to the absence of any record establishing registration. The objective, when the cost of this convenience is expressed in terms of a restriction on an accused's rights, was not sufficiently important to warrant overriding an accused's rights under s. 11(d).

doivent être examinés dans le cadre d'une analyse en vertu de l'article premier.

Le *Code* contient un vaste programme législatif de «contrôle des armes à feu» destiné à dissuader les criminels de la société d'utiliser les armes à feu. L'objet de la partie II.1 en général et du par. 106.7(1) en particulier se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique. On n'a toutefois pas satisfait au critère de proportionnalité énoncé dans l'arrêt *Oakes*. Il n'y a pas de lien rationnel entre la disposition et l'objectif. Le fait prouvé, la possession d'une arme à autorisation restreinte, ne prouve pas le fait présumé, l'absence de certificat d'enregistrement. La disposition contestée ne porte pas «le moins possible» atteinte à la présomption d'innocence. Pour authentifier le certificat, l'accusé doit témoigner (et donc choisir entre les droits garantis par la Constitution de ne pas témoigner ou d'être présumé innocent) ou citer le registraire local des armes à feu à titre de témoin à décharge. Le ministère public peut établir l'inexistence d'un certificat d'enregistrement en produisant des renseignements fournis par le registraire local des armes à feu sur la délivrance d'un certificat et, au besoin, des renseignements provenant du registre central de tous les certificats d'enregistrement.

Le paragraphe 106.7(1) n'est pas complètement invalide même s'il l'est en l'espèce. Quoique la nature de l'enregistrement ait joué un rôle primordial dans l'analyse en vertu de l'article premier, la justification du par. 106.7(1) dans le cas d'autres documents ou permis visés à la partie II.1 nécessiterait vraisemblablement un examen de questions différentes ainsi qu'une analyse différente en vertu de l'article premier.

Le juge Lamer (dissident): Le dispositif et les motifs du Juge en chef sont adoptés, sauf pour ce qui est de l'objectif attribué au par. 106.7 dans le cadre de l'analyse en vertu de l'article premier.

Le paragraphe 106.7(1) n'est ni particulier ni essentiel à la législation en matière d'armes. Il s'agit d'un paragraphe portant uniquement sur la preuve, qui est destiné à dégager la poursuite de l'obligation d'avoir à obtenir de l'administration compétente un certificat attestant l'absence de tout dossier établissant l'enregistrement. L'objectif, lorsque le coût de cette commodité administrative s'exprime en termes de restriction aux droits de l'accusé, ne revêt pas une importance suffisante pour justifier une atteinte aux droits reconnus à un accusé par l'al. 11d).

Cases Cited

By McIntyre J.

Applied: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; **distinguished:** *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; **referred to:** *R. v. Conrad* (1983), 8 C.C.C. (3d) 482; *R. v. Shelley*, [1981] 2 S.C.R. 196; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Lee's Poultry Ltd.* (1985), 17 C.C.C. (3d) 539; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272.

By Dickson C.J. (dissenting)

R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103, aff'g (1983), 145 D.L.R. (3d) 123; *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303; *Sunbeam Corporation (Canada) Ltd. v. The Queen*, [1969] S.C.R. 221; *Rose v. The Queen*, [1959] S.C.R. 441; *R. v. Ponsford* (1978), 41 C.C.C. (2d) 433; *R. v. Colbeck* (1978), 42 C.C.C. (2d) 117; *Vézéau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Edwards*, [1974] 2 All E.R. 1085; *R. v. Lee's Poultry Ltd.* (1985), 17 C.C.C. (3d) 539; *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19; *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *McGuigan v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 284; *R. v. Wilson* (1984), 17 C.C.C. (3d) 126; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350.

By Lamer J. (dissenting)

R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 29(2), 30.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(c), (d).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 83(1), 84, 88(1), 89(1), (2), (3), 90, 91(1), 94(1), 95(3), 104(1), (2), 106.1(1), (3), (6), (7), (8), 106.2(1), (10), 106.4(3), 106.6(1), 106.7(1), (2), 241(1), (6), (7), 605(1)(a), 613(1)(a), 730, 755(1), 771(1), (2).
Criminal Code, S.C. 1892, c. 29, s. 105.
Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 24(1).

Authors Cited

Canada. Solicitor General. *Evaluation of the Canadian Gun Control Legislation. First Progress Report*. Project team: Elizabeth Scarff, et al. Ottawa: Solicitor General Canada, Research Division, 1981.

Jurisprudence

Citée par le juge McIntyre

Arrêt appliqué: *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; **distinction d'avec les arrêts:** *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; **arrêts mentionnés:** *R. v. Conrad* (1983), 8 C.C.C. (3d) 482; *R. c. Shelley*, [1981] 2 R.C.S. 196; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. v. Lee's Poultry Ltd.* (1985), 17 C.C.C. (3d) 539; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272.

Citée par le juge en chef Dickson (dissident)

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103, conf. (1983), 145 D.L.R. (3d) 123; *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303; *Sunbeam Corporation (Canada) Ltd. v. The Queen*, [1969] R.C.S. 221; *Rose v. The Queen*, [1959] R.C.S. 441; *R. v. Ponsford* (1978), 41 C.C.C. (2d) 433; *R. v. Colbeck* (1978), 42 C.C.C. (2d) 117; *Vézéau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. v. Edwards*, [1974] 2 All E.R. 1085; *R. v. Lee's Poultry Ltd.* (1985), 17 C.C.C. (3d) 539; *Latour v. The King*, [1951] R.C.S. 19; *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *McGuigan c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 284; *R. v. Wilson* (1984), 17 C.C.C. (3d) 126; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350.

Citée par le juge Lamer (dissident)

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11(c), (d).
Code criminel, S.C. 1892, chap. 29, art. 105.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 83(1), 84, 88(1), 89(1), (2), (3), 90, 91(1), 94(1), 95(3), 104(1), (2), 106.1(1), (3), (6), (7), (8), 106.2(1), (10), 106.4(3), 106.6(1), 106.7(1), (2), 241(1), (6), (7), 605(1)(a), 613(1)(a), 730, 755(1), 771(1), (2).
Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 24(1).
Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 29(2), 30.

Doctrine citée

Canada. Solliciteur général. *L'évaluation des mesures législatives canadiennes relatives au contrôle des armes à feu: premier rapport provisoire*. Groupe de travail: Elizabeth Scarff, et al. Ottawa: Solliciteur général Canada, Division de la recherche, 1981.

Cross, Sir Rupert. *The Golden Thread of the English Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1976.

Delisle, Ronald Joseph. *Evidence: Principles and Problems*. Toronto: Carswells, 1984.

Ewart, J. Douglas, Michael Lomer and Jeff Casey. *Documentary Evidence in Canada*. Toronto: Carswells, 1984.

Finley, David. "The Presumption of Innocence and Guilt: Why Carroll Should Prevail Over Oakes" (1984), 39 C.R. (3d) 115.

Friedland, Martin L. *A Century of Criminal Justice*. Toronto: Carswells, 1984.

Halsbury's Laws of England, vol. 11, 4th ed. London: Butterworths, 1976.

Hawley, Donna Lea. *Canadian Firearms Law*. Toronto: Butterworths, 1988.

Mahoney, Richard. "The Presumption of Innocence: A New Era" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 1.

Ratushny, Edward. "The Role of the Accused in the Criminal Process," in Gérald-A. Beaudoin and Walter Surma Tarnopolsky, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*. Toronto: Carswells, 1982.

Stuart, Donald. *Canadian Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.

Wigmore, John Henry. *Wigmore on Evidence*, vol. 7, 3rd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1940.

Williams, Glanville Llewelyn. *The Proof of Guilt*, 3rd ed. London: Stevens & Sons, 1963.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1983), 25 Man. R. (2d) 295 (on a rehearing following a preliminary judgment of that Court (1983), 25 Man. R. (2d) 164, 5 D.L.R. (4th) 524) allowing an appeal from a decision of Barkman Co. Ct. J. (1983), 22 Man. R. (2d) 46, allowing an appeal from conviction by Allen Prov. Ct. J. Appeal dismissed, Dickson C.J. and Lamer J. dissenting. The constitutional question should be answered in the negative.

J. J. Gindin, for the appellant.

Bruce Miller, for the respondent.

Julius A. Isaac and *Yvon Vanasse*, for the interveners the Attorney General of Canada.

The following are the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting)—Section 106.7(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c.

Cross, Sir Rupert. *The Golden Thread of the English Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1976.

Delisle, Ronald Joseph. *Evidence: Principles and Problems*. Toronto: Carswells, 1984.

^a Ewart, J. Douglas, Michael Lomer and Jeff Casey. *Documentary Evidence in Canada*. Toronto: Carswells, 1984.

Finley, David. «The Presumption of Innocence and Guilt: Why Carroll Should Prevail Over Oakes» (1984), 39 C.R. (3d) 115.

^b Friedland, Martin L. *A Century of Criminal Justice*. Toronto: Carswells, 1984.

Halsbury's Laws of England, vol. 11, 4th ed. London: Butterworths, 1976.

^c Hawley, Donna Lea. *Canadian Firearms Law*. Toronto: Butterworths, 1988.

Mahoney, Richard. «The Presumption of Innocence: A New Era» (1988), 67 *R. du B. can.* 1.

Ratushny, Edward. «Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle,» dans Gérald-A. Beaudoin et Walter Surma Tarnopolsky, éd., *La Charte canadienne des droits et libertés*. Montréal: Wilson & Lafleur/Sorej, 1982.

Stuart, Donald. *Canadian Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.

^e Wigmore, John Henry. *Wigmore on Evidence*, vol. 7, 3rd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1940.

Williams, Glanville Llewelyn. *The Proof of Guilt*, 3rd ed. London: Stevens & Sons, 1963.

^f POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1983), 25 Man. R. (2d) 295 (à la suite d'une nouvelle audience après un jugement préliminaire rendu par cette cour (1983), 25 Man. R. (2d) 164, 5 D.L.R. (4th) 524), qui a accueilli un appel d'une décision du juge Barkman de la Cour de comté (1983), 22 Man. R. (2d) 46, qui avait accueilli un appel d'un verdict de culpabilité prononcé par le juge Allen de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté, le juge en chef Dickson et le juge ^g Lamer sont dissidents. La question constitutionnelle reçoit une réponse négative.

J. J. Gindin, pour l'appellant.

ⁱ *Bruce Miller*, pour l'intimée.

Julius A. Isaac et *Yvon Vanasse*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Version française des motifs rendus par

^j LE JUGE EN CHEF (dissident)—Le paragraphe 106.7(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap.

C-34, requires an accused charged with a firearms offence to prove that he or she held the necessary permit or certificate for the firearm. The constitutional validity of this section is the primary question in this case. A secondary question is raised as to the jurisdiction of a provincial court of appeal on an appeal from a summary conviction appeal court. At the outset, I would like to mention that this case has been argued throughout on the basis of s. 106.7(1). Section 730 of the *Code* has not been in issue.

I

Facts

Arnold Godfried Schwartz was charged under s. 89(1) of the *Criminal Code* (i) that he did unlawfully have in his possession a restricted weapon, to wit: a .44 Magnum revolver for which he did not have a registration certificate issued to him; (ii) that he did unlawfully have in his possession a restricted weapon, to wit: a .38 Special revolver for which he did not have a registration certificate issued to him. The evidence disclosed that Schwartz had bought the two handguns in 1978 from one of his employees, Horst Schimiczek, who had acquired the .38 Special in Texas and the .44 Magnum in North Dakota. Schimiczek had moved to Winnipeg, duly registered the two weapons, and then sold the guns to Schwartz. He gave Schwartz the registration papers, in Schimiczek's name. Later, an application in Schwartz's name for a firearms acquisition certificate, the necessary first step to obtain a registration certificate, was received by the Firearms Section of the City of Winnipeg Police Department. At the time, the Firearms Section was under control of Staff Sergeant Gordon Pilcher, who reviewed the application and determined that a notice of intention to refuse a firearms acquisition certificate should be sent to Schwartz. A notice to this effect was delivered to Schwartz by double registered mail.

Approximately nine months after the notice was mailed, members of the Winnipeg Police Department executed a search of Schwartz's home, and

C-34, exige de la personne accusée d'une infraction relative aux armes à feu qu'elle prouve qu'elle est titulaire du permis ou du certificat requis pour l'arme. La constitutionnalité de ce paragraphe constitue le principal point litigieux en l'espèce. La question secondaire qui se pose est celle de la compétence d'une cour d'appel provinciale saisie de l'appel d'un tribunal d'appel des déclarations sommaires de culpabilité. Je m'empresse d'ajouter que l'affaire a été plaidée devant toutes les cours sur le fondement du par. 106.7(1). L'article 730 du *Code* n'est pas en cause.

I

Les faits

Arnold Godfried Schwartz a été inculpé aux termes du par. 89(1) du *Code criminel* (i) de possession illicite d'une arme à autorisation restreinte, savoir: un revolver .44 Magnum pour lequel il ne détenait pas de certificat d'enregistrement; (ii) de possession illicite d'une arme à autorisation restreinte, savoir: un revolver .38 Special pour lequel il ne détenait pas de certificat d'enregistrement. D'après la preuve, Schwartz a acheté les deux armes en 1978 à l'un de ses employés, Horst Schimiczek, qui avait acheté le .38 Special au Texas et le .44 Magnum dans le Dakota du Nord. Après son déménagement à Winnipeg, Schimiczek a dûment fait enregistrer les deux armes, puis les a vendues à Schwartz. Les papiers d'enregistrement étaient à son nom lorsqu'il les a remis à Schwartz. Par la suite, la Section des armes à feu de la police de Winnipeg a reçu une demande d'autorisation d'acquisition d'armes à feu au nom de Schwartz, ce qui constitue la première démarche obligatoire pour obtenir un certificat d'enregistrement. À l'époque, la Section des armes à feu était dirigée par le sergent d'état-major Gordon Pilcher, qui a examiné la demande et décidé d'envoyer un avis d'intention de refuser l'autorisation d'acquisition d'armes à feu à Schwartz. L'avis en ce sens a été envoyé à Schwartz par courrier recommandé avec accusé de réception.

Environ neuf mois après l'envoi postal de l'avis, des agents de la police de Winnipeg ont perquisi-

located and confiscated a .44 Magnum and a .38 Special.

Schwartz proceeded to trial before Allen Prov. Ct. J. and was convicted on both charges. He was fined \$50 on each charge. On appeal, Barkman Co. Ct. J. allowed the appeal and quashed the convictions. The Crown then appealed to the Manitoba Court of Appeal (Hall J.A., Matas J.A. concurring, and Huband J.A. dissenting in part). The acquittals were set aside and convictions restored. Leave was granted by this Court to appeal the judgment of the Manitoba Court of Appeal.

II

Legislative and Constitutional Provisions

The relevant legislative and constitutional provisions follow:

Criminal Code

89. (1) Every one who has in his possession a restricted weapon for which he does not have a registration certificate

(a) is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for five years; or

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

106.7 (1) Where, in any proceedings under any of sections 83 to 106.5, any question arises as to whether a person is or was the holder of a firearms acquisition certificate, registration certificate or permit, the onus is on the accused to prove that that person is or was the holder of such firearms acquisition certificate, registration certificate or permit.

(2) In any proceedings under any of sections 83 to 106.5, a document purporting to be a firearms acquisition certificate, registration certificate or permit is evidence of the statements contained therein.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can

tionné au domicile de Schwartz et y ont trouvé et confisqué le .44 Magnum et le .38 Special.

Schwartz a subi son procès devant le juge Allen de la Cour provinciale et il a été reconnu coupable à l'égard des deux accusations. Il a été condamné à une amende de 50 \$ pour chacune. En appel, le juge de la Cour de comté Barkman a accueilli l'appel et a cassé les déclarations de culpabilité. Le ministère public a alors interjeté appel à la Cour d'appel du Manitoba (composée des juges Hall et Matas, qui ont rédigé des motifs concordants, et du juge Huband, dissident en partie). Les acquittements ont été infirmés et les déclarations de culpabilité rétablies. Cette Cour a autorisé le pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba.

II

Dispositions législatives et constitutionnelles

Voici les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes:

Code criminel

89. (1) Est coupable

a) d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans, ou

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

quiconque a en sa possession une arme à autorisation restreinte pour laquelle il ne détient pas de certificat d'enregistrement.

106.7 (1) Dans toute procédure engagée en vertu des articles 83 à 106.5, c'est à l'inculpé qu'il incombe de prouver que telle ou telle personne est ou était titulaire d'une autorisation d'acquisition d'armes à feu, d'un certificat d'enregistrement ou d'un permis lorsque cette question se pose.

(2) Dans toute procédure engagée en vertu des articles 83 à 106.5, un document donné comme étant une autorisation d'acquisition d'armes à feu, un certificat d'enregistrement ou un permis fait preuve des déclarations qui y sont contenues.

Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit dans des limites

be demonstrably justified in a free and democratic society.

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;

III

Judgments of the Manitoba Courts

Provincial Judges Court

Allen Prov. Ct. J. found the appellant guilty on both counts. He stated, in part:

The fact is there comes a situation in each case where the evidence is so overwhelming and points clearly in one direction that one would have to speculate and resort to pure conjecture to have a reasonable doubt. I do not have a reasonable doubt.

Section 106.7(1) of the *Code*, imposing an onus on the accused, does not appear to have been raised in argument in support of the case for the Crown nor relied upon by Allen Prov. Ct. J. The constitutional validity of the section was not challenged before him.

County Court of Winnipeg

There were three major grounds of appeal before Barkman Co. Ct. J. [(1983), 22 Man. R. (2d) 46]. The first was that it was not proved beyond a reasonable doubt that the accused possessed the restricted weapons. The second was that some of the evidence concerning the lack of registration was hearsay and therefore inadmissible. The third ground was that the evidence concerning lack of registration could only be admitted if notice were given under s. 30 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10.

Defence counsel objected to the admission of evidence of Sergeant Pilcher relating to information contained in a file compiled by staff members under his supervision. Counsel also objected to Sgt. Pilcher testifying about any documents that might have been placed in the file after he was

qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

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;

III

Jugements et arrêt des tribunaux manitobains

La Cour des juges provinciaux

Le juge Allen a déclaré l'appelant coupable à l'égard des deux chefs. Il dit, notamment:

[TRADUCTION] Le fait est qu'il arrive un moment, dans chaque affaire, où la preuve devient tellement accablante, pointant clairement dans une seule direction, qu'il faudrait s'en remettre à des hypothèses et recourir à de pures conjectures pour avoir un doute raisonnable. Je n'entretiens aucun doute raisonnable.

Le paragraphe 106.7(1) du *Code*, qui impose à l'inculpé la charge de la preuve, ne semble pas avoir été plaidé par le ministère public ni avoir été utilisé par le juge Allen. La constitutionnalité de l'article n'a pas été contestée devant lui.

La Cour de comté de Winnipeg

Le juge Barkman était saisi de trois principaux moyens d'appel [(1983), 22 Man. R. (2d) 46]. Premièrement, il n'avait pas été prouvé hors de tout doute raisonnable que l'accusé était en possession des armes à autorisation restreinte. En second lieu, certaines des preuves concernant le non-enregistrement constituaient du oui-dire et étaient par conséquent inadmissibles. En troisième lieu, la preuve du non-enregistrement ne pouvait être admise que si un avis avait été donné conformément à l'art. 30 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10.

L'avocat de la défense s'est opposé à l'admission du témoignage du sergent Pilcher concernant les informations consignées au dossier compilé par le personnel sous ses ordres. L'avocat s'est également opposé au témoignage du sergent Pilcher concernant les documents qui auraient pu être placés

transferred out of the Firearms Section. Barkman Co. Ct. J. held that the trial judge erred by admitting the evidence of Sgt. Pilcher which did not relate specifically to things done by Pilcher himself; Sgt. Pilcher had gone on to other duties; such evidence was hearsay and could only be admitted after giving notice pursuant to s. 30 of the *Canada Evidence Act*.

Barkman Co. Ct. J. considered as properly admitted the evidence of Sgt. Pilcher to the effect that (1) he refused an application by the accused for a firearms acquisition certificate; (2) he wrote a refusal letter; (3) he searched the file of the city of Winnipeg Police regarding the accused in 1979 and did not find a registration certificate for a restricted weapon, and he had the file with him in court; (4) the address of the house of the accused was situated in the city of Winnipeg area for registration of firearms. According to the evidence, no one to whom a certificate had been refused could get a certificate during the five years following. The evidence of Sgt. Pilcher was the only evidence before the judge relating to the registration of the restricted weapons, except for the evidence of the previous owner, Mr. Schimiczek, who testified that he spoke to the accused about registration of the weapons in the early part of 1981 and the accused then told him that he had not yet registered them.

Barkman Co. Ct. J. further held [at p. 48] that Sgt. Pilcher could give evidence as to what he did and saw personally, but "his evidence as to what he saw is not evidence of the truth of the information contained in the documents which he saw in the file in question". He held that Allen Prov. Ct. J. had improperly admitted as an exhibit the application for a firearms acquisition certificate in Schwartz's name as it had not been identified by the person receiving it as having been submitted by Schwartz. He concluded [at p. 49] that the remaining evidence, together with the testimony of Schimiczek, "falls far short of proof beyond a reasonable doubt that the accused did not have

dans le dossier après son transfert de la Section des armes à feu. Le juge Barkman a conclu que le juge de première instance avait eu tort d'admettre le témoignage du sergent Pilcher quand il ne portait pas spécifiquement sur ce que Pilcher avait fait lui-même; le sergent Pilcher exerce depuis d'autres fonctions; ce témoignage constituait du ouï-dire et ne pouvait être admis qu'après un avis, conformément à l'art. 30 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Le juge Barkman a considéré comme régulièrement admis le témoignage du sergent Pilcher sur les points suivants: (1) son refus opposé à la demande d'autorisation d'acquisition d'armes à feu présentée par l'accusé; (2) sa lettre de refus; (3) son examen infructueux du dossier de l'accusé constitué par la police de la ville de Winnipeg en 1979 qu'il a apporté avec lui au tribunal et dans lequel il n'a trouvé aucun certificat d'enregistrement d'une arme à autorisation restreinte; (4) l'adresse de la résidence de l'accusé, située dans le secteur d'enregistrement des armes à feu de la ville de Winnipeg. D'après la preuve, quiconque se voit refuser un certificat ne peut en obtenir un autre au cours des cinq années suivantes. Le témoignage du sergent Pilcher constitue la seule preuve dont le juge ait été saisi relativement à l'enregistrement des armes à autorisation restreinte, si l'on excepte le témoignage de l'ancien propriétaire, M. Schimiczek, qui a déclaré avoir parlé de l'enregistrement des armes au début de 1981 avec l'accusé qui lui avait dit qu'il ne les avait pas encore enregistrées.

Le juge Barkman a en outre jugé [à la p. 48] que si le sergent Pilcher pouvait témoigner sur ce qu'il avait fait et vu personnellement, [TRADUCTION] «son témoignage sur ce qu'il avait vu ne faisait pas preuve de l'exactitude de l'information contenue dans les documents qu'il avait vus dans le dossier en question». Il a jugé que le juge Allen avait irrégulièrement admis, à titre de pièce à conviction, la demande d'autorisation d'acquisition d'armes à feu faite au nom de Schwartz, puisqu'elle n'avait pas été identifiée par celui qui l'avait reçue comme provenant de Schwartz. Il a conclu [à la p. 49] que le reste des preuves, joint au témoignage de M. Schimiczek, [TRADUCTION]

registration certificates issued to him for the restricted weapons”

Counsel for the Crown, after arguing unsuccessfully against the exclusion of the so-called hearsay evidence, then contended that even if such evidence were not admissible, this would not affect the conviction of the appellant because s. 106.7(1) of the *Code* placed the onus on the accused to satisfy the Court that the weapons were properly registered. Counsel for Schwartz argued in response that s. 106.7(1) of the *Code* was either inapplicable to his client or unconstitutional by reason of s. 11(d) of the *Charter*. Barkman Co. Ct. J. held that s. 106.7(1) was not ambiguous and that it applied to the appellant. He then went on to consider the judgment of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Oakes* (1983), 145 D.L.R. (3d) 123, aff'd [1986] 1 S.C.R. 103. Barkman Co. Ct. J. referred to the three factors mentioned by Martin J.A. in *Oakes*, underlined in the passage below, at pp. 50-51, to be taken into consideration in determining whether it is reasonable for Parliament to place the burden of proof on the accused in relation to an ingredient of the offences in question:

(a) the magnitude of the evil sought to be suppressed, it is to my mind a great evil that is sought to be suppressed by the requirement of registration of restricted weapons since registration will not be granted where a person has within the last five years (1) been convicted of an offence on indictment in which violence against another person was used, threatened or attempted; etc (see s. 194(3)(b)); (b) the difficulty of the prosecution making proof of the presumed fact. Since the advent of the computer and in accordance with the evidence of Sergeant Pilcher that records are maintained in Ottawa as to persons who are refused certificates or permits, it would not be difficult for the Crown to prove lack of registration; (c) the relative ease with which the accused may prove or disprove the presumed fact. The accused need only produce the registration certificate or permit to prove the registration (see s. 106.7(2)) in the circumstances of this case, but in other situations it may be more difficult. [Emphasis added.]

«est loin de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé n'avait pas obtenu de certificat d'enregistrement pour les armes à autorisation restreinte . . . »

a

Après s'être opposé en vain à l'exclusion de la preuve qualifiée de ouï-dire, le substitut a soutenu que, même si cette preuve n'était pas admissible, cela ne devait pas influencer sur la déclaration de culpabilité de l'appellant, puisque le par. 106.7(1) du *Code* met à la charge de l'accusé l'obligation de convaincre la cour que les armes ont été régulièrement enregistrées. L'avocat de Schwartz a répliqué que le par. 106.7(1) du *Code* était soit inapplicable à son client, soit inconstitutionnel, en raison de l'al. 11d) de la *Charte*. Le juge Barkman a jugé que le par. 106.7(1) n'était nullement ambigu et qu'il s'appliquait à l'appellant. Il a alors procédé à un examen de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Oakes* (1983), 145 D.L.R. (3d) 123 (conf. [1986] 1 R.C.S. 103). Il s'est référé aux trois facteurs que mentionne le juge Martin dans l'arrêt *Oakes*, soulignés dans le passage qui suit, aux pp. 50 et 51, dont il faut tenir compte pour décider s'il est raisonnable que le législateur impose à l'accusé la charge de la preuve relativement à un élément des infractions en cause:

f

[TRADUCTION] a) l'ampleur du mal à réprimer: il s'agit, selon moi, d'un mal très grand que l'obligation d'enregistrement des armes à autorisation restreinte veut réprimer, puisque l'enregistrement ne sera pas accordé à la personne qui a, au cours des dernières cinq années, (1) été reconnue coupable d'une infraction punissable par voie de mise en accusation alors qu'il y a eu emploi, menace ou tentative d'emploi de la violence contre une autre personne; etc. (voir al. 194(3)b); b) la difficulté que peut éprouver la poursuite à établir le fait présumé: avec l'avènement de l'informatique et conformément au témoignage du sergent Pilcher, qu'il y a à Ottawa un fichier sur les personnes auxquelles sont refusés les certificats, les autorisations ou les permis, il ne serait guère difficile pour le ministère public de prouver le non-enregistrement; c) la facilité relative avec laquelle l'accusé pourra prouver l'existence ou l'inexistence du fait présumé: l'accusé n'a qu'à produire le certificat d'enregistrement, l'autorisation ou le permis pour prouver l'enregistrement (voir par. 106.7(2)) en l'espèce mais, dans d'autres cas, cela peut se révéler plus difficile. [Je souligne.]

Barkman Co. Ct. J. went on to point out that the circumstances of the case before him were such as to satisfy the threshold question of legitimacy of the reverse onus. However, this provision also applied to ss. 89(3), 91(1), and 94(1). Under these sections it could be very difficult for the accused to prove the fact of registration by another person. He held that (a) there was no rational connection between the proven fact (possession) and the presumed fact (lack of registration), and (b) in applying the reverse onus to all of ss. 83 to 106.5, it may be impossible for an accused to prove the fact of registration. Section 106.7(1) was therefore constitutionally invalid. He concluded that the trial judge erred by admitting hearsay evidence and that s. 106.7(1) did not apply because it offended s. 11(d) of the *Charter*. Barkman Co. Ct. J. allowed the appeal and quashed the conviction.

Manitoba Court of Appeal

The ground of appeal taken to the Manitoba Court of Appeal was in these terms:

THAT the learned County Court Judge erred in law in ruling Section 106.7(1) of the *Criminal Code of Canada* was unconstitutional in that the said section contravened the provisions of Section 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

It would appear that before the Court of Appeal of Manitoba, counsel agreed to argue only the constitutional question. This was entirely appropriate as appeals to the Court of Appeal from a summary conviction appeal court are limited to questions of law. In a preliminary judgment by the Manitoba Court of Appeal ((1983), 25 Man. R. (2d) 164), Matas J.A. stated, at p. 166:

... the decision of Barkman, C.C.C.J., on the constitutional point is inextricably linked to the question of law arising out of the first question [the evidentiary question]. Implicit in the acquittal based on the constitutional question is the decision of the learned Chief County Court judge on the admissibility of evidence given at the trial by Sergeant Pilcher, the officer in charge of the firearms section and applications for firearms acquisitions and permits for restricted weapons in the City of Winnipeg. In my opinion, it is inappropriate for this court to consider constitutional questions in the context

Le juge Barkman a alors rappelé que les circonstances de l'espèce sont telles qu'elles satisfont au critère de base qui légitime l'inversion de la charge de la preuve. Toutefois, cette disposition s'applique aussi aux par. 89(3), 91(1) et 94(1). Dans ces cas-là, l'accusé éprouverait de sérieuses difficultés à prouver l'enregistrement par un tiers. Il a jugé que: a) il n'y a pas de lien rationnel entre le fait établi (la possession) et le fait présumé (le non-enregistrement); b) l'application de l'inversion de la charge de la preuve à l'ensemble des art. 83 à 106.5 peut rendre impossible pour un inculpé de prouver l'enregistrement. Le paragraphe 106.7(1) est donc inconstitutionnel. Il conclut que le juge de première instance a admis à tort la preuve par ouï-dire et que le par. 106.7(1) ne s'applique pas, parce qu'il porte atteinte à l'al. 11d) de la *Charte*. Il fait droit à l'appel et annule la déclaration de culpabilité.

La Cour d'appel du Manitoba

Le moyen d'appel qu'on a fait valoir devant la Cour d'appel du Manitoba se lit comme suit:

[TRADUCTION] QUE le juge de la Cour de comté a commis une erreur de droit en jugeant le par. 106.7(1) du *Code criminel* du Canada inconstitutionnel parce que ce paragraphe enfreint les dispositions de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Il semble que, devant la Cour d'appel du Manitoba, les avocats des parties ont convenu de ne débattre que de la question constitutionnelle. Ils ont eu tout à fait raison, puisque les appels interjetés à la Cour d'appel contre les jugements d'un tribunal d'appel des déclarations sommaires de culpabilité sont limités aux questions de droit. Cependant, dans un jugement interlocutoire de la Cour d'appel du Manitoba ((1983), 25 Man. R. (2d) 164), le juge Matas déclare à la p. 166:

[TRADUCTION] ... la décision du juge en chef Barkman de la Cour de comté sur le point constitutionnel est inextricablement liée à la question de droit soulevée par la première question [la présentation de la preuve]. Implicitement, derrière l'acquittement basé sur la question constitutionnelle, il y a la décision du juge en chef de la Cour de comté sur l'admissibilité au procès du témoignage du sergent Pilcher, l'agent responsable de la Section des armes à feu et des demandes d'autorisation d'acquisition d'armes à feu et de permis relatifs aux armes à autorisation restreinte pour la ville de Winni-

of a prosecution unless all the available material is properly before the court. In order to have a decision of this court, based on all the available material, I would grant leave to the Crown to argue the evidentiary point.

He therefore adjourned the disposition of the appeal pending re-hearing.

Upon the re-hearing, the Court of Appeal ((1983), 25 Man. R. (2d) 295), allowed the Crown's appeal (Huband J.A. dissenting in part). Hall J.A. held that Barkman Co. Ct. J. erred in law by ruling inadmissible certain evidence given by Sgt. Pilcher. He further held at p. 297 that "the evidence of Sergeant Pilcher and that of the witness Schimiczek is sufficient to support the implicit finding of the learned trial judge that no registration certificates had ever been issued to the accused for the restricted weapons and that therefore he was not the holder of such certificates . . ." Though he was of the view that it was unnecessary to decide the issue, Hall J.A. agreed with Huband J.A.'s conclusion, discussed below, that s. 106.7(1) was a reasonable limit on the presumption of innocence. Matas J.A. concurred with Hall J.A. on the evidentiary issue but expressed no opinion on the constitutional point.

Huband J.A., dissenting in part, disagreed with Hall J.A.'s conclusion on the evidence and therefore felt it incumbent to rule on the constitutionality of s. 106.7(1). In Huband J.A.'s view, there was an added reason to address the constitutional issue. The appeal to the Court of Appeal, pursuant to s. 771 of the *Code*, was on a question of law alone. He stated, at p. 299, that "The consideration of Staff Sergeant Pilcher's evidence involves the court in a question of sufficiency of evidence which . . . is a question of fact rather than law."

Relying on *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303, and refusing to follow the Ontario Court of Appeal's approach in *R. v. Oakes*, *supra*, Huband

peg. À mon avis, la cour ne saurait statuer sur des questions constitutionnelles dans le cadre d'une poursuite au criminel, à moins qu'elle ne dispose de l'ensemble des pièces existantes. Pour que la décision de cette cour soit fondée sur l'ensemble des pièces existantes, je suis d'avis d'autoriser le ministère public à débattre de la question de la présentation de la preuve.

Il a donc ajourné afin qu'il ne soit statué sur l'appel qu'après une nouvelle audience.

Après la nouvelle audience, la Cour d'appel ((1983), 25 Man. R. (2d) 295), a accueilli l'appel du ministère public (le juge Huband étant dissident en partie). Le juge Hall a conclu que le juge Barkman avait commis une erreur de droit en déclarant inadmissible une partie du témoignage du sergent Pilcher. Il a aussi déclaré à la p. 297 que [TRADUCTION] «le témoignage du sergent Pilcher et celui du témoin Schimiczek suffisent à étayer la constatation implicite du juge de première instance qu'aucun certificat d'enregistrement n'avait été délivré à l'accusé pour les armes à autorisation restreinte et que, donc, il n'était pas titulaire de ces certificats . . .» Tout en étant d'avis qu'il n'était pas nécessaire de statuer sur ce point, le juge Hall a souscrit à la conclusion du juge Huband analysée ci-dessus et selon laquelle le par. 106.7(1) constitue une restriction raisonnable apportée à la présomption d'innocence. Le juge Matas partage l'avis du juge Hall sur la question de la présentation de la preuve, mais n'exprime aucune opinion sur la question constitutionnelle.

Le juge Huband, dissident en partie, ne partageait pas la conclusion tirée de la preuve par le juge Hall et a donc considéré nécessaire de statuer sur la constitutionnalité du par. 106.7(1). À son avis, il y avait une raison supplémentaire de se prononcer sur la question constitutionnelle. L'appel à la Cour d'appel, fondé sur l'art. 771 du *Code*, portait sur une question de droit seulement. Il a donc dit, à la p. 299, que: [TRADUCTION] «L'examen du témoignage du sergent d'état-major Pilcher oblige la cour à statuer sur la question de suffisance de preuve qui [. . .] est une question de fait non de droit.»

Se fondant sur l'arrêt *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303, et refusant de suivre le point de vue de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v.*

J.A. held that s. 106.7(1) does not contravene the presumption of innocence according to law. In the alternative, he was of the view that, although it is true that mere possession of a restricted weapon does not logically lead to an inference that the weapon is unregistered, “proof of registration is so easily provided by the accused himself that it becomes reasonable to require an accused to answer an onus upon him at that point”. Huband J.A. therefore would have allowed the appeal relying on s. 106.7(1) of the *Code*.

It is difficult to find a common thread in any of the issues in any of the decisions of the Manitoba courts. The court of first instance found the accused guilty on the evidence presented, without recourse to s. 106.7(1) of the *Code*. On appeal, Barkman Co. Ct. J. held that the evidence of the lack of a registration certificate was inadequate in the absence of s. 106.7(1) and that that section was unconstitutional. He held that the ease of proof concerning possession of a permit was not difficult for the police but utterly impossible for an accused if one looked at all of the offences to which s. 106.7(1) applied. Moving to the Court of Appeal, the picture is less clear. Hall J.A. concluded that the Crown succeeded on the evidential point and although it was therefore unnecessary to consider s. 106.7(1), he would nonetheless have upheld it. Matas J.A. was content to leave the constitutional point to another day and resolved the case simply on the evidentiary point. Finally, Huband J.A., in dissent on this point, would appear to have shared the views of Barkman Co. Ct. J. on the evidentiary point. Although he would have resolved the evidentiary point in favour of the accused, he would uphold s. 106.7(1) and find the accused guilty.

IV

Issues

Before this Court, a constitutional question was stated as follows:

Oakes, précité, le juge Huband a conclu que le par. 106.7(1) n'enfreint pas la présomption d'innocence selon la loi. Subsidiairement, il est d'avis que, bien qu'il soit vrai que la simple possession d'une arme à autorisation restreinte ne conduise pas logiquement à déduire que l'arme n'est pas enregistrée, [TRADUCTION] «il est si facile à l'accusé de faire la preuve de l'enregistrement qu'il devient raisonnable d'exiger qu'il s'acquitte du fardeau qu'on lui impose alors». Le juge Huband aurait donc fait droit à l'appel sur le fondement du par. 106.7(1) du *Code*.

Il est difficile de trouver un fil conducteur dans chacun des points litigieux qui soit commun à toutes les décisions des tribunaux manitobains. Le tribunal de première instance a reconnu l'accusé coupable sur la foi des preuves administrées, sans avoir recours au par. 106.7(1) du *Code*. En appel, le juge Barkman de la Cour de comté a conclu que la preuve de l'absence d'un certificat d'enregistrement était insuffisante, à moins que le par. 106.7(1) ne s'appliquât; or ce paragraphe était inconstitutionnel. Il a jugé que la preuve de la possession d'un permis n'était pas difficile à faire pour la police, mais totalement impossible pour un accusé, si l'on tenait compte de l'ensemble des infractions auxquelles le par. 106.7(1) s'applique. Une fois en Cour d'appel, le tableau s'obscurcit. Le juge Hall conclut que le ministère public doit avoir gain de cause sur la question de la présentation de la preuve et que, bien qu'il ne soit donc pas nécessaire de tenir compte du par. 106.7(1), il en confirmerait néanmoins la validité. Le juge Matas se contente de ne pas se prononcer sur la question constitutionnelle pour l'instant et de résoudre l'affaire sur la seule base du fardeau de présentation. Enfin, le juge Huband, dissident sur ce point, semble partager les vues du juge Barkman sur la question du fardeau de présentation. Il aurait résolu cette question en faveur de l'accusé, mais il confirmerait la validité du par. 106.7(1) et déclarerait donc l'accusé coupable.

IV

Les questions en litige

La Cour est saisie de la question constitutionnelle suivante:

Is section 106.7(1) of the *Criminal Code* of Canada constitutionally invalid in that it contravenes the provisions of s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

The Attorney General of Canada and the Attorneys General of Alberta, British Columbia and Ontario served notices of intervention. All the provincial Attorneys General subsequently withdrew their interventions.

In addition to the constitutional question, the appellant submits that the Court of Appeal erred in deciding the appeal on a question of fact or, in the alternative, on a question of mixed fact and law. I propose first to address this latter issue, and then turn to the constitutional issue in this appeal. I note that although the trial in the Provincial Court occurred before the *Charter* came into force, no issue was raised as to whether s. 11(d) should apply, all subsequent proceedings having taken place after April 17, 1982.

V

The Jurisdiction of the Court of Appeal

The appellant submits that the Court of Appeal erred in deciding the appeal on a question of fact or mixed fact and law, namely, the sufficiency of evidence. The respondent Crown submits, however, that the Court of Appeal was faced with a question involving the admissibility, not sufficiency, of evidence; the question before the Court of Appeal was a question of law; as a result that court had jurisdiction to hear the case.

The notice of appeal to the Court of Appeal filed by the Deputy Attorney General for Manitoba, reproduced above, alleged that Barkman Co. Ct. J. erred in law in holding s. 106.7(1) unconstitutional. In addition, the appeal was "upon any other point in law the evidence may disclose". The Crown appeal was pursuant to s. 771 of the *Code*, limiting the jurisdiction of the Court of Appeal to questions of law alone. As stated earlier, the Court of Appeal, *per* Matas J.A., granted leave to argue "the evidentiary point." It is in relation to the Court of Appeal's reasons given after the rehearing that the appellant alleges that the Court of

Le paragraphe 106.7(1) du *Code criminel* du Canada est-il inconstitutionnel parce qu'il enfreint les dispositions de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

^a Le procureur général du Canada et les procureurs généraux de l'Alberta, de la Colombie-Britannique et de l'Ontario ont signifié des avis d'intervention. Tous les procureurs généraux provinciaux se sont par la suite désistés de leur intervention.

Outre la question constitutionnelle, l'appelant fait valoir que la Cour d'appel a commis une erreur en tranchant l'appel sur une question de fait ou, subsidiairement, sur une question mixte de fait et de droit. Je me propose d'étudier d'abord ce dernier point, puis d'en venir à la question constitutionnelle en cause. Je souligne que bien que le procès ait eu lieu en Cour provinciale avant l'entrée en vigueur de la *Charte*, on n'a pas soulevé la question de savoir si l'al. 11d) devrait s'appliquer puisque toutes les procédures subséquentes se sont déroulées après le 17 avril 1982.

V

La compétence de la Cour d'appel

L'appelant fait valoir que la Cour d'appel a commis une erreur en tranchant l'appel sur une question de fait ou sur une question mixte de fait et de droit, savoir la suffisance de preuve. Le ministère public intimé soutient néanmoins que la Cour d'appel était saisie de la question de l'admissibilité de la preuve et non de sa suffisance; la question dont la Cour d'appel était saisie était une question de droit; par conséquent, elle pouvait connaître de l'affaire.

L'avis d'appel à la Cour d'appel produit par le sous-procureur général du Manitoba, et cité précédemment, allègue que le juge Barkman a commis une erreur de droit en jugeant le par. 106.7(1) inconstitutionnel. En outre, l'appel portait [TRA-DUCTION] «sur tout autre point de droit que la preuve pourrait indiquer». L'appel du ministère public était fondé sur l'art. 771 du *Code*, qui limite la compétence de la Cour d'appel aux questions de droit seulement. Comme il a été dit précédemment, la Cour d'appel, par l'entremise du juge Matas, a autorisé un débat sur [TRADUCTION] «la question de la présentation de la preuve». C'est au

Appeal decided the case on a question of fact or, in the alternative, mixed law and fact. Section 771(2) of the *Code* provides that "Sections 601 to 616 apply *mutatis mutandis* to an appeal under this section." It is well-settled that the question whether a trial verdict is unreasonable or cannot be supported by the evidence is not a "question of law" under s. 605(1)(a) of the *Code*. Sufficiency of proof is a question of fact reserved for the trial judge. See *Sunbeam Corporation (Canada) Ltd. v. The Queen*, [1969] S.C.R. 221, and *Rose v. The Queen*, [1959] S.C.R. 441.

It should be noted, however, that a summary conviction appeal court is not restricted to questions of law alone. Section 755(1) of the *Code* provides that in appeals from a summary conviction, "sections 610 to 616, with the exception of subsections 610(3) and 613(5), apply *mutatis mutandis*". Section 613(1)(a) permits a summary conviction appeal court to allow an appeal if the verdict is "unreasonable or cannot be supported by the evidence" or if the trial judge erred "on a question of law" (*R. v. Ponsford* (1978), 41 C.C.C. (2d) 433 (Alta. C.A.)) This is not to say that a summary conviction appeal court is entitled to retry the case (*R. v. Colbeck* (1978), 42 C.C.C. (2d) 117 (Ont. C.A.))

Counsel for the appellant refers to several passages of the reasons of the Court of Appeal in support of his submission that the court decided the appeal on a question of fact. Hall J.A., for example, stated the first of the two issues in the following terms:

(1) did the learned judge of appeal err in finding that the evidence fell short of providing beyond a reasonable doubt that the accused did not have registration certificates issued to him for the restricted weapons. . . ?

Moreover, Hall J.A. stated that "the evidence of Sergeant Pilcher and that of the witness

regard des motifs de la Cour d'appel après la seconde audience que l'appelant soutient que cette dernière a statué sur une question de fait ou, subsidiairement, sur une question mixte de droit et de fait. Le paragraphe 771(2) du *Code* porte que «Les articles 601 à 616 s'appliquent, *mutatis mutandis*, à un appel prévu par le présent article.» Il est bien établi que la question de savoir si le verdict rendu à un procès est déraisonnable ou ne peut être justifié par la preuve n'est pas une «question de droit» au sens de l'al. 605(1)a) du *Code*. La suffisance de preuve est une question de fait, réservée au juge de première instance. Voir *Sunbeam Corporation (Canada) Ltd. v. The Queen*, [1969] R.C.S. 221, et *Rose v. The Queen*, [1959] R.C.S. 441.

Il faut rappeler, cependant, qu'un tribunal d'appel des déclarations sommaires de culpabilité n'est pas limité aux questions de droit seules. Le paragraphe 755(1) du *Code* prévoit que, dans le cas des appels formés contre une déclaration sommaire de culpabilité, «les articles 610 à 616, à l'exception des paragraphes 610(3) et 613(5), s'appliquent *mutatis mutandis*». L'alinéa 613(1)a) permet à un tribunal d'appel des déclarations sommaires de culpabilité d'accueillir un appel si le verdict est «déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve» ou si le juge de première instance a commis une erreur «sur une question de droit» (*R. v. Ponsford* (1978), 41 C.C.C. (2d) 433 (C.A. Alb.)) Ceci ne veut pas dire qu'un tribunal d'appel des déclarations sommaires de culpabilité est autorisé à juger l'affaire de nouveau (*R. v. Colbeck* (1978), 42 C.C.C. (2d) 117 (C.A. Ont.))

L'avocat de l'appelant cite plusieurs passages des motifs de la Cour d'appel pour appuyer son argument selon lequel la cour a tranché l'appel sur une question de fait. Le juge Hall, par exemple, s'interroge sur la première des deux questions en litige dans les termes suivants:

[TRADUCTION] (1) le juge de la Cour d'appel a-t-il eu tort de conclure que les éléments de preuve ne parvenaient pas à prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé n'avait pas obtenu de certificat d'enregistrement pour les armes à autorisation restreinte. . . ?

De plus, le juge Hall déclare: [TRADUCTION] «le témoignage du sergent Pilcher et celui du témoin

Schimiczek is sufficient to support the implicit finding of the learned trial judge that no registration certificates had ever been issued to the accused for the restricted weapons . . .” Matas J.A. concurred with this part of Hall J.A.’s reasons, stating that “on the evidentiary issue the appeal of the Crown should be allowed and the conviction restored”. The appellant also relies on Huband J.A.’s statement that “The consideration of Staff Sergeant Pilcher’s evidence involves the court in a question of sufficiency of evidence which . . . is a question of fact rather than law”.

It cannot be denied, however, that the examination of the sufficiency of evidence by Hall J.A. occurred in the context of his finding that Barkman Co. Ct. J. erred in law “by ruling inadmissible certain unspecified evidence of Sergeant Pilcher relating to information contained in a file compiled by staff members under his supervision on the ground that it did not relate specifically to things done by him and was therefore hearsay and could only be admitted under s. 30 of the *Canada Evidence Act*”. The majority of the Court of Appeal was correct in assuming, and the Crown correct in submitting, that the absence of legal justification for admitting evidence at trial involves a question of law.

Assuming the Court of Appeal to be correct on its disposition of this question of law, however, the court in my view erred by proceeding to reverse the acquittal without relying on s. 106.7(1) of the *Code*. Although the appeal before Barkman Co. Ct. J. was not *de novo*, the combined effect of s. 771(1) and (2), s. 755(1), and s. 613(1)(a) is that for purposes of review, the findings of Barkman Co. Ct. J. are to be treated as if they were the findings of a judge at first instance. Before it can set aside the decision of the summary conviction appeal court acquitting the accused, the Court of Appeal must be satisfied that Barkman Co. Ct. J. would have convicted Schwartz but for his decision that the trial judge erred in the admission of hearsay evidence: *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277.

Schimiczek suffisent à étayer la conclusion implicite du juge de première instance qu’aucun certificat d’enregistrement n’a jamais été délivré à l’accusé pour les armes à autorisation restreinte . . .»

a Le juge Matas souscrit à cette portion des motifs du juge Hall, en disant: [TRADUCTION] «sur la question de la présentation de la preuve, l’appel du ministère public devrait être accueilli et la déclaration de culpabilité rétablie». L’appellant s’appuie b aussi sur la déclaration du juge Huband selon lequel: [TRADUCTION] «L’examen du témoignage du sergent d’état-major Pilcher amène la cour à statuer sur une question de suffisance de preuve c qui [. . .] est une question de fait, non de droit».

On ne saurait nier, néanmoins, que le juge Hall a examiné la suffisance de la preuve vu qu’il concluait que le juge Barkman avait commis une erreur de droit [TRADUCTION] «en jugeant inadmissible une partie non spécifiée du témoignage du sergent Pilcher concernant les renseignements contenus dans un dossier compilé par le personnel sous ses ordres, parce que ce dossier ne portait pas d précisément sur ce qu’il avait lui-même fait et constituait donc du ouï-dire, qui ne pouvait être admis qu’en vertu de l’art. 30 de la *Loi sur la preuve au Canada*». C’est à juste titre que la Cour d’appel, à la majorité, a présumé que l’absence de justification légale d’une admission de preuve au procès soulève une question de droit et c’est à juste titre que le ministère public l’a plaidé.

Si, par l’hypothèse, la décision de la Cour d’appel sur cette question de droit est bien fondée, la cour, à mon avis, a toutefois commis une erreur en infirmant l’acquittement sans se fonder sur le par. 106.7(1) du *Code*. Quoique l’appel dont le juge Barkman était saisi ne fût pas *de novo*, il résulte du jeu des par. 771(1) et (2), 755(1) et de l’al. 613(1)a que, pour les fins d’un appel, les conclusions du juge Barkman doivent être traitées comme s’il s’agissait des conclusions d’un juge de première instance. Avant qu’elle puisse écarter l’acquittement d’un accusé prononcé par le tribunal d’appel des déclarations sommaires, la Cour d’appel doit être convaincue que le juge Barkman aurait reconnu Schwartz coupable, n’eût été sa décision que le juge de première instance avait admis à tort la preuve par ouï-dire: *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277.

Barkman Co. Ct. J. had before him the bulk of Sgt. Pilcher's evidence. His summary of the evidence which he admitted shows that the only major piece of evidence excluded was the application for a firearms acquisition certificate. Taken as a whole, the evidence is ambivalent whether a firearms acquisition certificate, and later on the registration certificate, might have been issued to the accused some time after 1979, when Sgt. Pilcher was no longer in charge of the file. To set aside the acquittals the jurisprudence of this Court requires that the Crown satisfy the Court that the verdict would not necessarily have been the same had the trial judge not erred with respect to the evidentiary issue. In my view, the Crown did not satisfy that onus and it cannot be said with any degree of certainty that Barkman Co. Ct. J. would have upheld the convictions but for his decision to exclude some of the evidence. Hall J.A. in my opinion therefore erred by entering a conviction without finding it necessary to resort to the "reverse onus" provision of s. 106.7(1). This Court must consider the application, and hence the constitutionality, of s. 106.7(1).

VI

Constitutional Issues: Section 11(d) and the Presumption of Innocence

In *R. v. Oakes*, *supra*, *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914, *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, this Court had occasion to address in detail the scope of the s. 11(d) *Charter* right "to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal", and there is no need to review at length the principles contained in those cases. It suffices to say that *Oakes* stands for the proposition that "a provision which requires an accused to disprove on a balance of probabilities the evidence of a presumed fact, which is an important element of the offence in question, violates the presumption of innocence in s. 11(d)" (p. 132). Similarly in *Vaillancourt*, Lamer J. held, for the majority on this point, that the presumption of innocence

Le juge Barkman était saisi de l'ensemble des preuves fournies par le sergent Pilcher. Son résumé des éléments de preuve qu'il a admis montre que le seul élément majeur de preuve exclu est la demande d'autorisation d'acquisition d'armes à feu. Il est difficile de conclure des preuves considérées globalement qu'une autorisation d'acquisition d'armes à feu, puis un certificat d'enregistrement pourraient avoir été délivrés à l'accusé à un moment quelconque après 1979, alors que le sergent Pilcher n'était plus responsable du dossier. Pour infirmer des acquittements, la jurisprudence de cette Cour exige que le ministère public convainque la Cour que le verdict n'aurait pas nécessairement été à même si le juge du procès n'avait pas commis une erreur sur la question du fardeau de présentation. À mon avis, le ministère public ne s'est pas acquitté de cette charge et on ne peut pas dire avec assez de certitude que le juge Barkman aurait confirmé les déclarations de culpabilité n'eût été sa décision d'exclure certains éléments de preuve. J'estime donc que le juge Hall a eu tort de rétablir la déclaration de culpabilité sans juger nécessaire d'avoir recours à la disposition sur «l'inversion de la charge de la preuve» du par. 106.7(1). La Cour doit maintenant examiner l'application du par. 106.7(1) et donc sa constitutionnalité.

f

VI

Les questions constitutionnelles: l'alinéa 11d) et la présomption d'innocence

Dans les arrêts *R. c. Oakes*, précité, *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914, et *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, cette Cour a eu l'occasion d'examiner en détail la portée du droit conféré à l'inculpé par l'al. 11d) de la *Charte* «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»; et il n'est pas nécessaire de réexaminer longuement les principes dégagés par ces arrêts. Il suffit de dire que l'arrêt *Oakes* établit la règle «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)» (à la

requires that the trier of fact be convinced of guilt beyond a reasonable doubt (at p. 655):

Any provision creating an offence which allows for the conviction of an accused notwithstanding the existence of a reasonable doubt on any essential element infringes ss. 7 and 11(d).

Clearly, this will occur where the provision requires the accused to disprove on a balance of probabilities an essential element of the offence by requiring that he raise more than just a reasonable doubt.

In *Holmes*, two members of the Court took the view that any burden on the accused that permitted a conviction despite the presence of a reasonable doubt violated the presumption of innocence, regardless of the nature of the point the accused was required to prove. In *Whyte*, this theme was repeated. In response to the argument that the presumption of innocence only requires the Crown to prove the essential elements of an offence, the Chief Justice said at p. 18:

The short answer to this argument is that the distinction between elements of the offence and other aspects of the charge is irrelevant to the s. 11(d) inquiry. The real concern is not whether the accused must disprove an element or prove an excuse, but that an accused may be convicted while a reasonable doubt exists. When the possibility exists, there is a breach of the presumption of innocence.

The exact characterization of a factor as an essential element, a collateral factor, an excuse, or a defence should not affect the analysis of the presumption of innocence. It is the final effect of a provision on the verdict that is decisive. If an accused is required to prove some fact on the balance of probabilities to avoid conviction, the provision violates the presumption of innocence because it permits a conviction in spite of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the guilt of the accused. The trial of an accused in a criminal matter cannot be divided neatly into stages, with the onus of proof on the accused at an intermediate stage and the ultimate onus on the Crown.

p. 132). De même, dans l'arrêt *Vaillancourt*, le juge Lamer dit, au nom de la majorité sur ce point, que la présomption d'innocence exige que le juge des faits soit convaincu hors de tout doute raisonnable qu'il y a culpabilité (à la p. 655).

Toute disposition créant une infraction qui permet de déclarer un accusé coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément essentiel porte atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11d).

Manifestement, c'est le cas d'une disposition qui exige que l'accusé démontre, selon la prépondérance des probabilités, l'inexistence d'un élément essentiel de l'infraction en l'obligeant à soulever plus qu'un simple doute raisonnable.

Dans l'arrêt *Holmes*, deux membres de la Cour se sont dit d'avis que tout fardeau incombant à un accusé qui permet une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable porte atteinte à la présomption d'innocence, peu importe la nature du point que l'accusé était tenu de prouver. Ce thème a été repris dans l'arrêt *Whyte*. En réponse à l'argument selon lequel la présomption d'innocence exige seulement que le ministère public démontre les éléments essentiels d'une infraction, le Juge en chef a dit, à la p. 18:

La réponse simple à cet argument est que la distinction entre les éléments de l'infraction et d'autres aspects de l'accusation n'est pas pertinente quand l'examen se fonde sur l'al. 11d). La préoccupation véritable n'est pas de savoir si l'accusé doit réfuter un élément ou démontrer une excuse, mais qu'un accusé peut être déclaré coupable alors que subsiste un doute raisonnable. Lorsque cette possibilité existe, il y a violation de la présomption d'innocence.

La qualification exacte d'un facteur comme élément essentiel, facteur accessoire, excuse ou moyen de défense ne devrait pas avoir d'effet sur l'analyse de la présomption d'innocence. C'est l'effet final d'une disposition sur le verdict qui est décisif. Si une disposition oblige un accusé à démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d'être déclaré coupable, elle viole la présomption d'innocence parce qu'elle permet une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé. Un procès en matière criminelle ne peut être divisé en étapes bien définies de sorte que le fardeau de la preuve incombe à l'accusé à une étape intermédiaire et le fardeau ultime au ministère public.

(See also Donald Stuart, *Canadian Criminal Law* (2nd ed. 1987), at pp. 388-91; Richard Mahoney, "The Presumption of Innocence: A New Era" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 1, at pp. 4-13). To hold otherwise would result in the unacceptable situation that an accused, forced but unable to persuade the finder of fact of his or her innocence on a balance of probabilities, will be convicted of a criminal offence despite the existence of a reasonable doubt as to his or her guilt.

The cornerstone of our theory of criminal liability is that society should only sanction those people who are personally guilty of breaking the law. Only when guilt is established can society justly impose criminal penalties. This principle permeates the criminal law and is one of the basic premises of the presumption of innocence. It follows that the Crown is required to prove the guilt of the accused and bears this burden for all the issues raised by a charge. In this respect, a criminal prosecution is fundamentally different from a civil suit, which serves different ends and operates on different assumptions. Theories of proof in civil suits, under both common law and civil law, have been strongly influenced by Roman law, which requires the defendant to raise and prove exceptions to a suit. (See David Finley, "The Presumption of Innocence and Guilt" (1984), 39 C.R. (3d) 115.) Shifting the onus of proof is acceptable in civil actions, as the well-known maxim *res ipsa loquitur* shows.

Over the years, some evidentiary rules of private law have crept into the criminal law, notably reversals of the onus of proof. These influences from civil actions are now subject to review under the *Charter*, particularly the guarantee of the presumption of innocence. In the final result, if a rule of evidence results in the possibility of a conviction in spite of a reasonable doubt, the presumption of innocence is violated. The exact role that a rule of evidence plays in the prosecution does not matter. The Court in *Whyte* recognized that there are differences between defences which deny the exist-

(Voir également Donald Stuart, *Canadian Criminal Law* (2nd ed. 1987), aux pp. 388 à 391; Richard Mahoney, «The Presumption of Innocence: A New Era» (1988), 67 *R. du B. can.* 1, aux pp. 4 à 13). Prétendre le contraire créerait une situation inacceptable dans laquelle un inculpé, forcé mais incapable de persuader le juge de son innocence par la prépondérance des probabilités, sera reconnu coupable d'une infraction criminelle en dépit de l'existence d'un doute raisonnable sur sa culpabilité.

La pierre angulaire de notre théorie de la responsabilité criminelle est que la société ne sanctionne que ceux qui sont personnellement responsables d'avoir enfreint la loi. C'est seulement lorsque la culpabilité est établie que la société peut, à juste titre, infliger des sanctions pénales. Ce principe imprègne tout le droit criminel et constitue l'une des prémisses de base de la présomption d'innocence. Partant, le ministère public doit prouver la culpabilité de l'accusé, tâche qui lui incombe pour toutes les questions que soulève l'accusation. À cet égard, une poursuite criminelle est fondamentalement différente d'une action civile, qui sert des fins différentes et opère selon des postulats différents. Les théories de la preuve en matière civile, tant en *common law* qu'en droit civil, ont été fortement influencées par le droit romain, lequel oblige le défendeur à soulever et à prouver les exceptions à l'action. (Voir David Finley, «The Presumption of Innocence and Guilt» (1984), 39 C.R. (3d) 115.) L'inversion de la charge de la preuve est acceptable dans les actions civiles, comme le montre la maxime bien connue *res ipsa loquitur*.

Avec les années, certaines règles de présentation de la preuve du droit privé se sont glissées dans le droit criminel, notamment les inversions de la charge de la preuve. L'influence des actions civiles peut désormais être examinée en regard de la *Charte*, particulièrement la garantie de la présomption d'innocence. En fin de compte, on porte atteinte à la présomption d'innocence si une règle de preuve peut conduire éventuellement à une déclaration de culpabilité alors que subsiste un doute raisonnable. Le rôle exact que la règle de preuve joue au cours de la poursuite importe peu.

ence of an essential element of an offence and defences that admit the existence of those elements, but held that that difference does not affect the review of a provision under s. 11(d). Both types of defences assert innocence; both deny guilt. When the facts give rise to the possibility of either type of defence, the Crown should be required to disprove them. Laws governing criminal liability should not be analyzed in private law terms as rules and exceptions. All substantive issues raised in a criminal prosecution are related to the fundamental issue of guilt and innocence. They should all be decided by the same standard, proof of guilt beyond a reasonable doubt.

Viewed in this light, it matters little whether or not the lack of registration is an "essential element" of s. 89(1) of the *Code*. It is essential to the verdict. If the lack of registration is an essential element of the offence, then s. 106.7(1) relieves the Crown of the onus of proof of part of the offence charged. If a registration certificate is simply a defence to the charge, then the Crown is not required to disprove that defence beyond a reasonable doubt, which it is normally required to do. However the question of registration is characterized, s. 106.7(1) relieves the Crown of the onus of proof beyond a reasonable doubt. The section places the onus on a person charged under s. 89(1) to "prove" that he or she is or was the holder of a registration certificate. This Court in *R. v. Appleby*, *supra*, and again in *R. v. Whyte*, *supra*, held that statutory provisions requiring the accused to "prove" or "establish" some fact cannot be read as simply imposing an evidential burden on the accused. When a statute requires the accused to establish or prove something, the accused must do more than raise a reasonable doubt. The accused must establish the required fact on a balance of probabilities. Section 106.7(1) must therefore be understood as requiring an accused charged under s. 89(1) to establish on a balance of probabilities that he or she held a registration certificate for the restricted weapon. Thus, s. 106.7(1) embraces the

Dans l'arrêt *Whyte*, la Cour a reconnu qu'il y a des différences entre les défenses qui nient l'existence d'un élément essentiel de l'infraction et celles qui reconnaissent l'existence de ces éléments, mais elle a jugé que cette différence ne saurait influencer sur l'examen d'une disposition aux termes de l'al. 11d). Les deux genres de défense protestent de l'innocence; toutes deux nient la culpabilité. Lorsque les faits permettent d'invoquer l'un ou l'autre genre de défense, le ministère public devrait être obligé de les réfuter. Les lois régissant la responsabilité criminelle ne devraient pas être analysées en termes de droit privé comme des règles assorties d'exceptions. Toutes les questions de fond soulevées au cours d'une poursuite au criminel sont liées à la question fondamentale de la culpabilité et de l'innocence. Elles doivent toutes être tranchées selon le même critère, la preuve de la culpabilité hors de tout doute raisonnable.

Dans cette optique, il importe guère que le non-enregistrement constitue ou non un «élément essentiel» du par. 89(1) du *Code*. Il est essentiel pour le verdict. Si le non-enregistrement constitue un élément essentiel de l'infraction, alors le par. 106.7(1) enlève au ministère public la charge de prouver cet élément de l'infraction imputée. Si un certificat d'enregistrement constitue simplement une défense à l'accusation, alors le ministère public n'a plus l'obligation de réfuter cette défense hors de tout doute raisonnable, ce qui serait normalement exigé de lui. Quelle que soit la façon dont on qualifie la question de l'enregistrement, le par. 106.7(1) enlève au ministère public la charge de la preuve hors de tout doute raisonnable. Le paragraphe met à la charge de la personne inculpée en vertu du par. 89(1) de «prouver» qu'elle est ou était titulaire d'un certificat d'enregistrement. Cette Cour, dans l'arrêt *R. c. Appleby*, précité, et aussi dans l'arrêt *R. c. Whyte*, précité, a jugé que des dispositions législatives obligeant l'accusé à «prouver» ou à «établir» un fait quelconque ne sauraient être interprétées comme n'imposant qu'une charge de présentation à l'accusé. Lorsqu'une loi oblige un accusé à établir ou à prouver quelque chose, l'accusé ne saurait se contenter de soulever un doute raisonnable. Il doit établir le fait en cause par prépondérance des probabilités. Il découle donc du par. 106.7(1) qu'une personne accusée en vertu du

possibility that an accused unable to meet this persuasive burden will be convicted of unlawful possession of a restricted weapon contrary to s. 89(1), despite the potential existence of a reasonable doubt that the possession was in fact lawful.

The Attorney General of Canada argues that the presumption of innocence entrenched by s. 11(d) of the *Charter* is subject to exceptions that the common law has always recognized. One of these exceptions, it is argued, is that the common law requires an accused to prove that he or she comes within a statutory exception or proviso, especially when licences or other privileges are involved. The Attorney General argues that s. 106.7(1) is nothing more than a statutory version of this common law rule and is therefore consistent with s. 11(d) of the *Charter*. The Attorney General of Canada referred the court to *R. v. Edwards*, [1974] 2 All E.R. 1085 (C.A. Cr. Div.), *R. v. Lee's Poultry Ltd.* (1985), 43 C.R. (3d) 289 (Ont. C.A.), and *Halsbury's Laws of England*, vol. 11, 4th ed., para. 357, in support of this proposition.

It is worth noting that Professor Glanville Williams has some critical words for Parliaments and courts alike that are too quick to allow exceptions to the basic principle that the Crown bears the onus of proof:

When it is said that a defendant to a criminal charge is presumed to be innocent, what is really meant is that the burden of proving his guilt is upon the prosecution. This golden thread, as Lord Sankey expressed it, runs through the web of the English criminal law. Unhappily, Parliament regards the principle with indifference—one might almost say with contempt. The Statute Book contains many offences in which the burden of proving his innocence is cast on the accused. In addition, the courts have enunciated principles that have the effect of shifting the burden in particular classes of case.

The sad thing is that there has never been any reason of expediency for these departures from the cherished principle; it has been done through carelessness and lack

par. 89(1) doit établir par prépondérance des probabilités qu'elle était titulaire d'un certificat d'enregistrement pour l'arme à autorisation restreinte. Ainsi, le par. 106.7(1) inclut la possibilité qu'un inculpé, incapable de s'acquitter de ce fardeau de persuasion, soit reconnu coupable de possession illicite d'une arme à autorisation restreinte aux termes du par. 89(1), malgré l'éventuelle existence d'un doute raisonnable que la possession était en fait licite.

Le procureur général du Canada soutient que la présomption d'innocence enchâssée à l'al. 11d) de la *Charte* connaît des exceptions que la *common law* a toujours reconnues. L'une de ces exceptions serait que la *common law* oblige un accusé à démontrer qu'il profite d'une exception ou d'une disposition législative, particulièrement lorsque des licences ou d'autres privilèges sont en cause. Le procureur général fait valoir que le par. 106.7(1) n'est rien d'autre qu'une codification de cette règle de *common law* et qu'il est donc conforme à l'al. 11d) de la *Charte*. Pour appuyer cet argument, le procureur général du Canada renvoie la cour aux arrêts *R. v. Edwards*, [1974] 2 All E.R. 1085 (C.A. Cr. Div.), *R. v. Lee's Poultry Ltd.* (1985), 43 C.R. (3d) 289 (C.A. Ont.), et à *Halsbury's Laws of England*, vol. 11, 4th ed., par. 357.

Il convient de mentionner que le professeur Glanville Williams se montre assez critique des parlements ainsi que des tribunaux trop prompts à admettre des exceptions au principe de base que la charge de la preuve incombe au ministère public:

[TRADUCTION] Lorsqu'on dit que le défendeur à une accusation criminelle est présumé innocent, ce que l'on veut réellement dire c'est que la charge de prouver sa culpabilité incombe à la poursuite. Ce fil d'or, comme l'a appelé lord Sankey, est la trame du droit criminel anglais. Malheureusement, le Parlement n'a qu'indifférence pour le principe—que du mépris, pourrait-on presque dire. Les recueils de lois fourmillent d'infractions où la charge de prouver son innocence est imposée à l'accusé. En outre, les tribunaux ont énoncé des principes qui ont pour effet d'inverser la charge de la preuve dans certaines catégories de cas.

Ce qui est triste, c'est que ces entorses au principe sacré ne sont pas motivées par la commodité; on peut l'imputer à la négligence et à un manque de subtilité. Ce

of subtlety. What lies at the bottom of the various rules shifting the burden of proof is the idea that it is impossible for the prosecution to give wholly convincing evidence on certain issues from its own hand, and it is therefore for the accused to give evidence on them if he wishes to escape. This idea is perfectly defensible and needs to be expressed in legal rules, but it is not the same as the burden of proof.

(Glanville Williams, *The Proof of Guilt* (3rd ed. 1963), pp. 184-85). The author goes on to argue that it is consistent with the presumption of innocence to expect the accused to point out evidence that puts in play a particular defence, but it is neither necessary nor desirable that the accused be required to prove anything. If the evidence suggests a defence, the Crown must disprove it beyond a reasonable doubt. The onus of proof remains on the Crown throughout. Other commentators have made the same argument: Rupert Cross, *The Golden Thread of the English Criminal Law* (1976), at pp. 11-13; Mahoney, "The Presumption of Innocence", *supra*, at pp. 18-21; Stuart, *Canadian Criminal Law*, *supra*, at pp. 39-45.

This Court has long recognized that there is a distinction between the degree of evidence necessary to put an issue into play, requiring the trier of fact to consider it, and the degree necessary to convince beyond a reasonable doubt. In *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19, Justice Fauteux for the Court distinguished between the requirement of establishing a case and of introducing evidence. He pointed out that the onus is on the Crown throughout to establish the case against the accused beyond a reasonable doubt, while the accused need do no more than raise a doubt. Fauteux J. noted that the accused is never required to establish a defence, but need only show that the evidence, including Crown evidence, indicates a defence may be available. The jury is then required to acquit if it finds affirmatively that the defence existed or if it is left in doubt on the point.

qui se cache derrière les diverses règles qui inversent la charge de la preuve, c'est l'idée qu'il est impossible pour la poursuite d'administrer elle-même une preuve entièrement convaincante sur certaines questions et qu'il incombe donc à l'accusé de fournir certains éléments de preuve à leur sujet s'il désire s'en sortir. L'idée est parfaitement défendable et doit recevoir son expression dans des règles de droit, mais il ne s'agit plus là de la charge de la preuve.

(Glanville Williams, *The Proof of Guilt* (3rd ed. 1963), aux pp. 184 et 185). L'auteur soutient ensuite que le fait de s'attendre à ce que l'accusé fasse ressortir un élément de preuve qui fait jouer une défense particulière est compatible avec la présomption d'innocence, mais il n'est ni nécessaire ni désirable d'exiger de l'accusé qu'il prouve quoi que ce soit. Si la preuve laisse voir un moyen de défense, le ministère public doit la réfuter hors de tout doute raisonnable. C'est toujours au ministère public qu'incombe la charge de la preuve. D'autres commentateurs ont repris le même argument: Rupert Cross, *The Golden Thread of the English Criminal Law* (1976), aux pp. 11 à 13; Mahoney, «The Presumption of Innocence», précité, aux pp. 18 à 21; Stuart, *Canadian Criminal Law*, précité, aux pp. 39 à 45.

Cette Cour a depuis longtemps reconnu qu'il existait une distinction entre le degré de preuve nécessaire pour qu'une question soit soulevée, de sorte que le juge des faits soit tenu de l'examiner, et le degré nécessaire pour convaincre hors de tout doute raisonnable. Dans l'arrêt *Latour v. The King*, [1951] R.C.S. 19, le juge Fauteux, parlant au nom de la Cour, a établi une distinction entre l'exigence de faire la preuve et de celle de présenter un élément de preuve. Il a souligné que tout au long de l'affaire, il incombe au ministère public de faire la preuve contre l'accusé hors de tout doute raisonnable alors que celui-ci n'a qu'à soulever un doute. Le juge Fauteux a fait remarquer que l'accusé n'est jamais tenu d'établir un moyen de défense, mais qu'il n'a qu'à démontrer que la preuve, y compris la preuve à charge, indique l'existence d'un moyen de défense. Le jury est alors tenu de rendre un verdict d'acquiescement s'il conclut par l'affirmative à l'existence du moyen de défense ou s'il exprime un doute à ce sujet.

Sunbeam Corporation (Canada) Ltd., supra, provides another illustration of the principle. The Court was faced with the question whether the sufficiency of evidence could be a question of law; Justice Ritchie for the majority held that it could not. He recognized that the accused was never required to give evidence (at p. 228):

I do not think that any authority is needed for the proposition that, when the Crown has proved a *prima facie* case and no evidence is given on behalf of the accused, the jury *may* convict, but I know of no authority to the effect that the trier of fact is *required* to convict under such circumstances. [Emphasis in original.]

The Crown is always required to persuade the trier of fact beyond a reasonable doubt, and the accused can rely on the Crown's own evidence to put a defence in play. This principle was reaffirmed by Justice Pigeon for the majority in *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525, where he held that the phrase "in the absence of any evidence to the contrary" meant that the accused need only raise a reasonable doubt. Pigeon J. commented that in some cases the accused could do this by reference to the Crown's evidence while in other cases the accused would have to adduce evidence or run the risk of conviction.

Judges and academics have used a variety of terms to try to capture the distinction between the two types of burdens. The burden of establishing a case has been referred to as the "major burden," the "primary burden," the "legal burden" and the "persuasive burden." The burden of putting an issue in play has been called the "minor burden," the "secondary burden," the "evidential burden," the "burden of going forward," and the "burden of adducing evidence." While any combination of phrases has its advantages and drawbacks, I prefer to use the terms "persuasive burden" to refer to the requirement of proving a case or disproving defences, and "evidential burden" to mean the requirement of putting an issue into play by reference to evidence before the court. The party who

L'arrêt *Sunbeam Corporation (Canada) Ltd.*, précité, constitue une autre illustration du principe. La Cour devait répondre à la question de savoir si le caractère suffisant de la preuve pouvait être une question de droit; le juge Ritchie a conclu au nom de la majorité que ce n'était pas le cas. Il a reconnu que l'accusé n'était jamais tenu de témoigner (à la p. 228):

[TRANSDUCTION] Je ne crois pas qu'on doive recourir à la jurisprudence pour dire que, lorsque le ministère public a présenté une preuve *prima facie* et qu'aucun élément de preuve n'est présenté pour le compte de l'accusé, le jury *peut* prononcer une déclaration de culpabilité, mais je ne connais aucune jurisprudence selon laquelle le juge des faits est *tenu* de prononcer une déclaration de culpabilité dans de telles circonstances. [Mis en italique dans l'original.]

Le ministère public est toujours tenu de persuader le juge des faits hors de tout doute raisonnable et l'accusé peut se fonder sur la propre preuve du ministère public pour faire jouer un moyen de défense. Ce principe a été réaffirmé par le juge Pigeon au nom de la majorité dans l'arrêt *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525, où il a conclu que l'expression «en l'absence de toute preuve contraire» signifiait que l'accusé n'avait qu'à soulever un doute raisonnable. Le juge Pigeon a fait observer que dans certains cas l'accusé pouvait y parvenir en mentionnant les éléments de preuve du ministère public alors que dans d'autres cas l'accusé aurait à présenter des éléments de preuve ou à courir le risque d'être déclaré coupable.

Les juges et les auteurs ont utilisé un grand nombre d'expressions pour tenter de saisir la distinction qui existe entre les deux genres de charges. La charge de faire la preuve a été décrite comme la «charge principale», la «charge primaire», la «charge ultime» et la «charge de persuasion». La charge de soulever une question a été appelée la «charge secondaire» et la «charge de présentation». Bien que toute combinaison d'expressions comporte ses avantages et ses inconvénients, je préfère utiliser l'expression «charge de persuasion» pour viser l'exigence de faire la preuve ou de réfuter des moyens de défense et l'expression «charge de présentation» pour viser l'obligation de soulever une question par renvoi à un élément de preuve présenté à la cour. La partie à laquelle incombe la

has the persuasive burden is required to persuade the trier of fact, to convince the trier of fact that a certain set of facts existed. Failure to persuade means that the party loses. The party with an evidential burden is not required to convince the trier of fact of anything, only to point out evidence which suggests that certain facts existed. The phrase "onus of proof" should be restricted to the persuasive burden, since an issue can be put into play without being proven. The phrases "burden of going forward" and "burden of adducing evidence" should not be used, as they imply that the party is required to produce his or her own evidence on an issue. As we have seen, in a criminal case the accused can rely on evidence produced by the Crown to argue for a reasonable doubt.

It is important not to identify the evidential burden solely with the accused. The Crown has the evidential burden of leading evidence which, if believed, would prove each element of the offence charged. If the Crown does not even meet this evidential requirement, the case never goes to the trier of fact; the accused has a right to a directed verdict of acquittal.

In *Oakes, supra*, the Court examined and rejected the idea that the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d) of the *Charter* is subject to statutory exceptions. To read the phrase "according to law" in s. 11(d) as permitting Parliament to alter the normal rule whenever it chose to do so by statute would be completely contrary to the concept of an entrenched constitutional right. *Oakes, Vaillancourt* and *Whyte* held that statutory persuasive burdens on the accused infringe the presumption of innocence. The common law is likewise required to conform to s. 11(d). A requirement that the accused bear a persuasive burden, whether in a statute or at common law, will infringe s. 11(d).

The *Edwards* case, *supra*, makes clear that the common law of England does in some cases place a persuasive burden of proof on the accused, but that

charge de persuasion est tenue de persuader le juge des faits, de le convaincre de l'existence d'un certain ensemble de faits. Le défaut de persuader signifie que la partie n'aura pas gain de cause. La partie à laquelle incombe la charge de présentation n'est pas tenue de convaincre le juge des faits de quoi que ce soit, elle n'a qu'à faire ressortir les éléments de preuve qui suggèrent l'existence de certains faits. L'expression «charge de la preuve» devrait être limitée à la charge de persuasion, étant donné qu'on peut soulever une question sans la prouver. L'expression «charge de présenter la preuve» ne devrait pas être utilisée car elle sous-entend que la partie est tenue de présenter ses éléments de preuve en ce qui a trait à une question. Comme nous l'avons vu, dans une affaire criminelle, l'accusé peut se fonder sur les éléments de preuve présentés par le ministère public pour soutenir qu'il existe un doute raisonnable.

Il est important de ne pas identifier la charge de présentation uniquement par rapport à l'accusé. Le ministère public a la charge de présenter des éléments de preuve qui, si on leur accorde foi, démontreraient chaque élément de l'infraction reprochée. Si le ministère public ne satisfait même pas à cette exigence en matière de présentation de la preuve, le juge des faits n'est même pas saisi de l'affaire; l'accusé a droit à un verdict imposé d'acquiescement.

Dans l'arrêt *Oakes*, précité, la Cour a étudié et rejeté l'idée que la présomption d'innocence, garantie par l'al. 11d) de la *Charte*, serait sujette à des exceptions législatives. Considérer que l'expression «conformément à la loi» à l'al. 11d) autorise le législateur à modifier à son gré par voie législative la règle normale serait tout à fait contraire à la notion d'un droit constitutionnel enclavé. Les arrêts *Oakes, Vaillancourt* et *Whyte* ont conclu que les charges de persuasion que la loi impose à l'accusé enfreignent la présomption d'innocence. De même, la *common law* doit se conformer à l'al. 11d). Exiger qu'incombe à l'inculpé la charge de persuasion, que ce soit de par la loi ou en vertu de la *common law*, enfreindra l'al. 11d).

L'affaire *Edwards*, précitée, démontre clairement que la *common law* d'Angleterre impose effectivement à l'inculpé la charge de persuasion

case was decided in a system where both Parliament and the courts can make inroads on the presumption of innocence. It is of limited aid in interpreting the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. This Court has already rejected English authority that the presumption of innocence is subject to statutory exceptions; it is also necessary to reject English authority that the presumption of innocence is subject to common law exceptions.

Having said that, I would not wish to be understood to say that the Crown must lead evidence to anticipate each and every possible defence. One of the underlying ideas of the common law principle set out in *Edwards* is that it is not possible for the Crown to know in advance what defence the accused will raise. It is up to the accused to point out evidence, in either the Crown's case or in the defence evidence, if any, that will support a defence. Once the accused raises a defence the Crown must disprove it beyond a reasonable doubt.

The decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Lee's Poultry Ltd.*, *supra*, must now be read in the light of this Court's decisions in *Oakes*, *Vaillancourt*, and *Whyte*. In that case, a provincial statute required the accused to prove that it held the necessary permit. Brooke J.A. for the Ontario Court of Appeal followed *Edwards* and held that in some circumstances a statutory or common law reversal of the onus of proof will not violate s. 11(d). Brooke J.A. also relied on Martin J.A.'s decision in *R. v. Oakes*. He held that the provision in question did not create a presumption, but simply expressed in statutory form a well-recognized exception to general rules of pleading and proof. He was also influenced by the ease with which an accused could prove a licence existed and by the fact that it was rationally open to the accused to prove the existence of the licence. He therefore held that the provision did not breach s. 11(d).

It is necessary, however, to distinguish the analysis under s. 11(d) from that under s. 1. What is important under s. 11(d) is whether or not a

dans certains cas, mais cette affaire a été jugée dans un système où tant le Parlement que les tribunaux peuvent entamer la présomption d'innocence. Elle n'est guère utile quand il s'agit de l'interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cette Cour a déjà rejeté la jurisprudence anglaise selon laquelle la présomption d'innocence est sujette à des exceptions législatives; il est nécessaire aussi de rejeter la jurisprudence anglaise qui veut que la présomption d'innocence soit sujette aux exceptions de la *common law*.

Ceci étant dit, je ne voudrais pas que l'on me fasse dire que le ministère public doit produire des preuves pour anticiper toutes les défenses possibles. Sous-jacente au principe de *common law* dégagé de l'arrêt *Edwards*, il y a notamment l'idée que le ministère public ne peut connaître à l'avance quelles défenses l'inculpé invoquera. C'est à l'inculpé de faire ressortir les éléments de preuve à charge ou à décharge appuyant une défense. Une fois que l'inculpé a avancé une défense, le ministère public doit la réfuter hors de tout doute raisonnable.

L'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Lee's Poultry Ltd.*, précité, doit maintenant être interprété dans l'optique de nos arrêts *Oakes*, *Vaillancourt* et *Whyte*. Dans cette affaire, une loi provinciale forçait l'accusé à prouver qu'il était titulaire du permis nécessaire. Le juge Brooke, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, a suivi l'arrêt *Edwards* et a conclu que, dans certaines circonstances, l'inversion de la charge de la preuve, opérée par une loi ou par la *common law*, ne violait pas l'al. 11(d). Le juge Brooke s'est aussi appuyé sur l'opinion du juge Martin dans l'arrêt *R. v. Oakes*. Il a conclu que la disposition en question ne créait pas une présomption, mais qu'elle codifiait simplement une exception bien connue aux règles générales relatives aux plaidoyers et à la preuve. Il a été aussi influencé par la facilité avec laquelle un accusé peut prouver l'existence du permis et le fait qu'il était rationnellement possible que l'accusé en prouve l'existence. Il a donc jugé que la disposition ne portait pas atteinte à l'al. 11(d).

Il faut cependant distinguer l'analyse fondée sur l'al. 11(d) de celle fondée sur l'article premier. Ce qui importe par rapport à l'al. 11(d), c'est de

provision requires the accused to prove some fact, with a possibility of a conviction in spite of a reasonable doubt. Factors such as ease of proof and a rational connection go to the justification for an infringement and should be considered in the s. 1 analysis. *Lee's Poultry Ltd.* is therefore of little assistance on the meaning of s. 11(d).

To sum up, the *Charter's* guarantee of the presumption of innocence places the onus on the Crown throughout a case to prove guilt beyond a reasonable doubt. Section 11(d) is not qualified by exceptions, whether statutory or at common law, that place the onus of proof on the accused. While the Crown need not initially disprove every possible defence or exception, it does not necessarily follow that the accused must prove a defence. In some instances, the accused must point out some evidential basis to raise a defence which the Crown must then disprove beyond a reasonable doubt, but any provision which places a persuasive burden on the accused, with the possibility of a conviction despite a reasonable doubt, will infringe s. 11(d). Section 106.7(1) is such a provision.

VII

Constitutional Issues: Section 1

The respondent and the Attorney General of Canada submit in the alternative that s. 106.7(1) is demonstrably justified under s. 1 as a reasonable limit in a free and democratic society. To decide this point, it is necessary to refer to the principles of s. 1 analysis set out in this Court's decision in *Oakes, supra*. Two criteria must be met. First, the objective must be "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom." Second, the limit must be reasonable and demonstrably justified, which requires it to pass "a form of proportionality test" (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 352). This second criterion has three components. The measures must be carefully tail-

déterminer si une disposition oblige ou non l'inculpé à prouver certains faits, avec la possibilité qu'une déclaration de culpabilité soit prononcée, bien qu'il subsiste un doute raisonnable. Des facteurs comme la facilité de preuve et le lien rationnel touchent à la justification d'une violation, aussi doivent-ils être examinés dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier. L'arrêt *Lee's Poultry Ltd.* n'est donc guère utile pour interpréter l'al. 11d).

Pour résumer, la *Charte*, en garantissant la présomption d'innocence, met la preuve de la culpabilité hors de tout doute raisonnable à la charge du ministère public pendant tout le cours de l'affaire. L'alinéa 11d) ne souffre aucune exception d'origine législative ou découlant de la *common law*, qui imposerait la charge de la preuve à l'inculpé. Quoique le ministère public n'ait pas, au départ, à réfuter toutes les défenses ou exceptions possibles, il ne s'ensuit pas nécessairement que l'accusé ait à prouver une défense. Dans certains cas, l'accusé doit faire ressortir certains éléments de preuve pour soulever une défense que le ministère public doit alors réfuter hors de tout doute raisonnable, mais toute disposition qui impose à l'accusé une charge de persuasion entraînant la possibilité d'une déclaration de culpabilité alors que subsiste un doute raisonnable, enfreint l'al. 11d). Le paragraphe 106.7(1) tombe dans cette catégorie.

VII

g Les questions constitutionnelles: l'article premier

L'intimée et le procureur général du Canada font valoir subsidiairement que le par. 106.7(1) constitue une restriction raisonnable, aux termes de l'article premier, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Pour trancher ce point, il est nécessaire de se reporter aux principes de l'analyse de l'article premier énoncés dans notre arrêt *Oakes*, précité. Deux critères doivent être respectés. En premier lieu, l'objectif doit être «suffisamment important [...] pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution.» En second lieu, la restriction doit être raisonnable et sa justification doit pouvoir se démontrer, ce qui exige l'adoption d'une sorte de critère de propor-

ored and rationally connected to the objective. They must impair the right in question as little as possible. Finally, there must be proportionality between the effects of the measure and the objective of the legislation (*Oakes, supra*, at p. 139).

Part II.1 of the *Code*, which contains s. 106.7(1), represents the latest attempt by Parliament to strike the proper balance between the interest of Canadian society in protecting its members from violent actions and the freedom of individuals to possess and use guns for legitimate purposes. It embodies wholly legitimate societal concerns for stricter regulation and control of guns and other offensive weapons. The Crown and Attorney General of Canada argue that s. 106.7(1) must be considered in the context of the statutory scheme respecting restricted weapons.

The policy of Part II.1 is to limit the ownership of dangerous weapons to those people who will use them in an honest, responsible fashion. Some types of weapons are prohibited altogether. The availability of other types of weapons, notably handguns, is restricted, while long-guns are subject to less strict control. To acquire any type of permitted firearm, a firearms acquisition certificate is required (s. 95(3)). An application for a firearms acquisition certificate will be rejected if the firearms officer has "notice of any matter that may render it desirable in the interest of the safety of the applicant or any other person that the applicant should not acquire a firearm" (s. 104(1)). To possess a restricted weapon, a registration certificate is required in addition to the firearms acquisition certificate. Registration certificates can only be issued to applicants over eighteen who need the restricted weapon to protect life, for use in their occupation, for use in target practice, or for part of a gun collection (s. 106.1(3)). A person who wishes to possess a restricted weapon must apply to the local registrar of firearms for a registration certificate (s. 106.1(1)). The local registrar must examine the weapon and check that the person is

tionnalité» (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 352). Ce second critère comporte trois volets. Les dispositions prises doivent avoir été soigneusement adaptées à l'objectif et lui être rationnellement reliées. Elles doivent porter le moins possible atteinte au droit en cause. Enfin, il doit y avoir proportionnalité entre les effets de ces dispositions et l'objectif de la loi (*Oakes*, précité, à la p. 139).

La partie II.1 du *Code*, où l'on retrouve le par. 106.7(1), constitue la tentative la plus récente du Parlement d'équilibrer le droit pour la société canadienne de protéger ses membres contre les actes de violence et la liberté des individus de posséder et d'utiliser des armes à des fins légitimes. Elle traduit un souci social parfaitement légitime de réglementer et de contrôler plus strictement les armes à feu et autres armes offensives. Le ministère public et le procureur général du Canada soutiennent qu'il faut replacer le par. 106.7(1) dans le cadre d'un ensemble législatif concernant les armes à autorisation restreinte.

La partie II.1 a pour principe de restreindre la propriété des armes dangereuses à ceux qui en feront un usage honnête et responsable. Certains types d'armes sont totalement interdits. L'obtention d'autres types d'armes, notamment les armes de poing, est restreinte, alors que les armes d'épaule font l'objet d'un contrôle moins strict. Pour acquérir une arme autorisée de quelque type que ce soit, on doit obtenir une autorisation d'acquisition d'armes à feu (par. 95(3)). Une demande d'autorisation d'acquisition d'armes à feu sera rejetée si celui qui la délivre a «connaissance [d'un] fait susceptible de rendre souhaitable pour la sécurité du requérant, ou pour celle d'autrui, que celui-ci ne soit pas autorisé à acquérir des armes à feu» (par. 104(1)). Pour pouvoir posséder une arme à autorisation restreinte, on doit obtenir un certificat d'enregistrement en sus de l'autorisation d'acquisition d'armes à feu. Les certificats d'enregistrement ne sont délivrés qu'aux requérants âgés de plus de dix-huit ans qui ont besoin de l'arme à autorisation restreinte pour protéger des vies, pour leur travail ou occupation, pour le tir à la cible ou pour fins de collection (par. 106.1(3)). La personne qui désire posséder une arme à autorisation

eligible for a registration certificate. If the person is eligible, the local registrar forwards the application to the Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police (s. 106.1(3)). If the local registrar has notice of any matter suggesting that in the interests of safety it would not be advisable for the applicant to have a restricted weapon, the local registrar must inform the Commissioner (s. 106.1(6)). Upon receipt of the application from the local registrar, the Commissioner issues the registration certificate (s. 106.1(7)), unless the Commissioner has notice of any matter suggesting that in the interests of safety it is not desirable that the applicant have a restricted weapon (s. 106.4(3)). The registration certificate only entitles the owner to keep the weapon at his or her residence or place of business (s. 106.1(8)). A carrying permit is required to take the weapon off the premises mentioned in the certificate (ss. 89(2), 106.2(1)).

Part II.1 creates a number of offences with respect to the acquisition, possession and use of firearms. Section 83(1) provides that the use of a firearm during the commission of an indictable offence is itself an indictable offence. Section 84 prohibits the careless use of a firearm. Section 88(1) provides that every one who has a prohibited weapon in his or her possession commits an indictable offence. Section 89(1), under which the appellant was charged, prohibits the possession of an unregistered restricted weapon. There are numerous other offences relating to the sale, delivery or acquisition of firearms and other offensive weapons (ss. 91-97).

Part II.1 thus expresses a clear legislative intention to prohibit the acquisition, possession and use of all restricted weapons except under the authority of a firearms acquisition certificate and a registration certificate, or under statutory exemptions such as those mentioned in s. 90 with respect to peace officers and police officers. The *Code* thus contains, as noted in *McGuigan v. The Queen*,

restreinte doit faire une demande de certificat d'enregistrement au registraire local d'armes à feu (par. 106.1(1)). Le registraire local doit examiner l'arme et vérifier si la personne peut obtenir un certificat d'enregistrement. Si la personne est admissible, le registraire local envoie la demande au commissaire de la Gendarmerie royale du Canada. (par. 106.1(3)). Si le registraire local a connaissance de quelque cause indiquant que, dans l'intérêt de la sécurité, il ne serait pas souhaitable que le requérant ait une arme à autorisation restreinte, il doit en informer le commissaire (par. 106.1(6)). Sur réception de la demande envoyée par le registraire local, le commissaire délivre le certificat d'enregistrement (par. 106.1(7)), à moins qu'il n'ait connaissance de causes indiquant que, dans l'intérêt de la sécurité, il n'est pas souhaitable que le requérant ait une arme à autorisation restreinte (par. 106.4(3)). Le certificat d'enregistrement autorise le propriétaire à n'avoir l'arme qu'à son lieu de résidence ou à sa place d'affaires (par. 106.1(8)). Un permis de port d'arme est nécessaire pour sortir une arme de l'endroit visé sur le certificat. (par. 89(2), 106.2(1)).

La partie II.1 crée un certain nombre d'infractions relatives à l'acquisition, à la possession et à l'usage des armes à feu. Le paragraphe 83(1) porte que l'utilisation d'une arme à feu au cours de la perpétration d'un acte criminel constitue en soi un acte criminel. L'article 84 prohibe l'usage négligent d'une arme à feu. Le paragraphe 88(1) édicte que quiconque a en sa possession une arme prohibée commet un acte criminel. Le paragraphe 89(1), sur le fondement duquel l'appelant a été inculpé, prohibe la possession d'une arme à autorisation restreinte non enregistrée. Il existe plusieurs autres infractions liées à la vente, à la livraison ou à l'acquisition des armes à feu et de certaines autres armes offensives (art. 91 à 97).

La partie II.1 traduit ainsi une intention législative claire d'interdire l'acquisition, la possession et l'emploi de toutes les armes à autorisation restreinte, sauf en vertu d'une autorisation d'acquisition d'armes à feu et d'un certificat d'enregistrement, ou en vertu des exceptions que prévoit la loi, telles celles mentionnées à l'art. 90, dans le cas des agents de la paix et des agents de police. Ainsi le

[1982] 1 S.C.R. 284, “a comprehensive ‘gun control’ legislative scheme intended to discourage the use of firearms by the criminal element of our society”. That the objective behind Part II.1 in general and s. 106.7(1) in particular “relate[s] to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society” is self-evident. The provisions satisfy the first stage of the approach to s. 1 set out in *Oakes*.

It may be wondered whether the specific objective of s. 106.7(1) is simply one of administrative convenience, which is rarely if ever an objective of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right. If so, that alone may be enough to decide the s. 1 analysis. Without deciding this point, I prefer to go on to the proportionality analysis, for two reasons. First, the objective of the section must be evaluated in the context of Part II.1, where it is located, and its place in the system of firearm regulation taken into account. Second, for reasons which I hope to make clear later on, the constitutionality of the application of s. 106.7(1) must be considered in relation to the particular offence in question. Because of the variety of offences created in Part II.1 the role played by s. 106.7(1) will vary with the offence. This in turn will affect the factors to be considered in deciding whether the application of the section can be upheld under s. 1. The determining factor may in some cases be found in the interplay between s. 106.7(1) and the offence provision. Consideration of the objective alone does not appear to take this interplay into account; the proportionality analysis is necessary to do so.

The next part of the *Oakes* inquiry is the proportionality between the provision and the infringement. In evaluating the proportionality of s. 106.7(1), it is important to remember how restrictive is the overall system of registering restricted weapons. There is one person in all of Canada who can issue registration certificates, and

Code contient, comme on l’a noté dans l’arrêt *McGuigan c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 284, «un vaste programme législatif de «contrôle des armes à feu» destiné à dissuader les criminels de la société d’utiliser des armes à feu». Que l’objet de la partie II.1, en général, et du par. 106.7(1) en particulier, «se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique», c’est l’évidence. Les dispositions satisfont au premier volet de l’analyse en vertu de l’article premier énoncé dans l’arrêt *Oakes*.

On peut se demander si l’objectif précis du par. 106.7(1) constitue simplement un arrangement administratif, ce qui est rarement sinon jamais un objectif suffisamment important pour justifier qu’il l’emporte sur un droit garanti par la Constitution. Le cas échéant, cela seul peut suffire à juger l’analyse en vertu de l’article premier. Sans me prononcer sur ce point, je préfère passer à l’analyse de la proportionnalité, pour deux motifs. Premièrement, l’objectif de l’article doit être évalué dans le contexte de la partie II.1, où il se trouve, et il faut tenir compte de sa place dans le système de la réglementation des armes à feu. Deuxièmement, pour des motifs que je compte clarifier par la suite, il faut tenir compte de la constitutionnalité de l’application du par. 106.7(1) par rapport à l’infraction particulière en question. En raison du grand nombre d’infractions créées par la partie II.1, le rôle que joue le par. 106.7(1) changera selon l’infraction. Ceci aura alors un effet sur les facteurs dont il faut tenir compte pour décider si l’article peut être appliqué aux termes de l’article premier. Dans certains cas, le facteur déterminant peut se trouver dans la relation qui existe entre le par. 106.7(1) et la disposition qui crée l’infraction. L’examen de l’objectif pris de façon isolé ne paraît pas tenir compte de cette relation; l’analyse de la proportionnalité est nécessaire à cette fin.

Le volet suivant de l’analyse selon l’arrêt *Oakes* est la proportionnalité qu’il doit y avoir entre la disposition et l’atteinte aux droits. Pour évaluer la proportionnalité du par. 106.7(1), il est important de se rappeler à quel point le système global de l’enregistrement des armes à autorisation restreinte est restrictif. Dans tout le Canada une seule

that is the Commissioner of the R.C.M.P. (s. 106.1(7)). The Commissioner is required by statute to keep a registry of all registration certificates issued (s. 106.6(1)(a), and that centralized computer registry, the Canadian Police Information Centre Telex, is available for any police force to consult (Martin L. Friedland, "Gun Control in Canada: Politics and Impact," in *A Century of Criminal Justice* (1984), at pp. 120-21; *Evaluation of the Canadian Gun Control Legislation, First Progress Report* (1981), at pp. 83 and 91 (hereinafter *First Progress Report*)). Although the certificates are issued by the Commissioner, all of the preliminary screening is done by the local registrar of firearms, who investigates applicants to be certain they meet the requirements for possession of a restricted weapon and do not pose any threat to safety (Friedland, at pp. 120-21; *First Progress Report*, at pp. 91-93; Hawley, *Canadian Firearms Law* (1988), at pp. 23-37). The local registrar is almost always a member of the local police force with jurisdiction over the certain area, or occasionally a civilian employed by the police (*First Progress Report*, at pp. 76-77). Finally, a person can possess a restricted weapon at only one of two places: the person's residence, or his or her ordinary place of business (s. 106.1(8)). The local registrar has no authority to issue a registration certificate authorizing the owner to keep the weapon at any other place (*R. v. Wilson* (1984), 17 C.C.C. (3d) 126 (Alta. Q.B.)) It is an offence for the owner to keep the weapon at any place other than that listed on the registration certificate, or even to take it off the listed premises without a carrying permit (s. 89(2)).

The combination of the strict limits contained in the registration certificate and the local administration of the application system means that it "should not be at all difficult" for the Crown to prove that the accused does not have a registration certificate for the weapon. In any area, there will be one local registrar who has jurisdiction over the

personne peut délivrer des certificats d'enregistrement et c'est le commissaire de la G.R.C. (par. 106.1(7)). La loi oblige le commissaire à tenir un registre où doivent être notés tous les certificats d'enregistrement délivrés (al. 106.6(1)a)), et les services de police ont accès à ce registre central informatisé, le télex du Centre d'information de la police canadienne (Martin L. Friedland, «Gun Control in Canada: Politics and Impact,» in *A Century of Criminal Justice* (1984), aux pp. 120 et 121; *L'évaluation des mesures législatives canadiennes relatives au contrôle des armes à feu: premier rapport provisoire* (1981), aux pp. 83 et 91 (ci-après appelé *premier rapport provisoire*)). Bien que les certificats soient délivrés par le commissaire, tout le tri préliminaire est effectué par le registraire local d'armes à feu, qui fait enquête sur les requérants pour être certains qu'ils satisfont aux exigences en matière de possession d'une arme à autorisation restreinte et ne posent aucune menace à la sécurité (Friedland, aux pp. 120 et 121; *premier rapport provisoire*, aux pp. 91 à 93; Hawley, *Canadian Firearms Law* (1988), aux pp. 23 à 37). Le registraire local est presque toujours un membre du service de police local, qui a compétence dans une certaine région, ou, à l'occasion, un employé civil de la police (*premier rapport provisoire*, aux pp. 76 et 77). Enfin, une personne est autorisée à avoir une arme à autorisation restreinte en sa possession seulement à un des deux endroits suivants: sa résidence ou sa place d'affaires habituelle (par. 106.1(8)). Le registraire local n'a pas le pouvoir de délivrer un certificat d'enregistrement autorisant le propriétaire à garder l'arme à un autre endroit (*R. v. Wilson* (1984), 17 C.C.C. (3d) 126 (B.R. Alb.)) Commet une infraction le propriétaire qui garde une arme à un autre endroit que celui qui est inscrit sur le certificat d'enregistrement ou même lorsqu'il transporte hors des lieux inscrits sans un permis de port d'armes (par. 89(2)).

La combinaison des limites strictes contenues dans le certificat d'enregistrement et l'administration locale du système d'application fait en sorte qu'il «ne devrait pas être difficile» pour le ministère public de démontrer que l'accusé ne possède pas de certificat d'enregistrement pour l'arme. Dans toutes les régions, un registraire local est compé-

location of the accused's residence and normal place of business. (In some cases where an accused lives within one police jurisdiction and works in another, there will be two local registrars who could process the application.) If that local registrar has not received an application for a registration certificate, then no one else could have received one.

The first stage of the proportionality inquiry is whether there is a rational connection between the provision and the objective. In this case, the Attorney General of Canada argued strongly that there was a rational connection between the objective of the legislation and s. 106.7(1). In *Oakes*, this Court held that in the case of a statute which reversed the onus of proof, in order to satisfy this branch of s. 1 analysis, there must be a rational connection between the basic or proved fact and the presumed fact. Here, the proved fact, possession of a restricted weapon, in no way tends rationally to prove the presumed fact, that the accused does not have a registration certificate.

Even if a less stringent rational connection should be applied to offences prohibiting certain acts in the absence of a permit or licence, in my view the present appeal is governed by the principles set out in *R. v. Holmes, supra*. As in that case, I do not think that the provision here challenged impairs "as little as possible" the presumption of innocence (*R. v. Big M. Drug Mart Ltd., supra*, at p. 352, *Oakes, supra*, at p. 139). Presumably, the objective behind Part II.1 does not include convicting persons who are able to raise a reasonable doubt as to their guilt but are unable to establish their innocence on a balance of probabilities. The legislative objective behind Part II.1 can just as easily be met, in the absence of s. 106.7(1), by not requiring an accused to prove on a balance of probabilities that the firearm is or was duly registered. The most that should be necessary is that the accused be required to point to evidence suggesting that the weapon is or was registered. Since the fact of non-registration must be proven for a conviction under s. 89(1), the Crown must be able to provide the trier of fact with sufficient

tent à l'égard du lieu de la résidence de l'accusé et de sa place d'affaires habituelle. (Dans certains cas lorsqu'un accusé habite dans une région qui relève de la compétence d'un service de police et travaille dans une autre, deux registraires locaux pourront traiter la demande.) Si ce registraire local n'a pas reçu de demande de certificat d'enregistrement, alors personne d'autre n'aurait pu en recevoir.

Le premier stade de l'analyse de la proportionnalité consiste à déterminer s'il y a un lien rationnel entre la disposition et l'objectif. En l'espèce, le procureur général du Canada a défendu avec véhémence l'existence d'un lien rationnel entre l'objet de la loi et le par. 106.7(1). Dans l'arrêt *Oakes*, cette Cour a jugé que, dans le cas d'une loi qui inverse la charge de la preuve, il doit, pour satisfaire à ce volet de l'analyse de l'article premier, y avoir un lien rationnel entre le fait prouvé ou fondamental et le fait présumé. En l'espèce, le fait prouvé, la possession d'une arme à autorisation restreinte, ne tend d'aucune manière rationnelle à prouver le fait présumé, que l'accusé n'est pas titulaire d'un certificat d'enregistrement.

Même si l'on devait être moins exigeant au chapitre du lien rationnel quand il s'agit d'infractions interdisant d'accomplir certains actes en l'absence d'un permis ou d'une licence, le pourvoi est à mon avis régi par les principes dégagés dans l'arrêt *R. c. Holmes, précité*. Comme dans cette affaire, je ne pense pas que la disposition contestée en l'espèce porte «le moins possible» atteinte à la présomption d'innocence (*R. c. Big M Drug Mart Ltd., précité*, à la p. 352, *Oakes, précité*, à la p. 139). Présument, l'objectif sous-jacent de la partie II.1 n'est pas de faire déclarer coupable des personnes qui sont en mesure de soulever un doute raisonnable sur leur culpabilité, tout en étant incapables d'établir leur innocence par la prépondérance des probabilités. L'objectif législatif de la partie II.1 peut donc tout aussi facilement être atteint en l'absence du par. 106.7(1), en n'obligeant pas un inculpé à prouver par la prépondérance des probabilités que l'arme à feu est ou a été dûment enregistrée. Tout au plus, il serait nécessaire que l'accusé soit tenu de faire valoir un élément de preuve indiquant que l'arme est ou a

evidence, be it oral or documentary, to justify concluding beyond a reasonable doubt that the firearm in fact is not or was not registered.

The Attorney General of Canada argued that even if s. 106.7(1) places the onus of proof on the accused contrary to s. 11(d), the weight of that burden is greatly reduced by the addition of s. 106.7(2), which I set out again for ease of reference:

106.7 ...

(2) In any proceedings under any of sections 83 to 106.5, a document purporting to be a firearms acquisition certificate, registration certificate or permit is evidence of the statements contained therein.

The Attorney General of Canada argues that this provision, when coupled with s. 24(1) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, provides a means for the accused to meet the burden of proof set out by s. 106.7(1) without any danger of self-crimination.

One objection to reverse onus clauses is that they may force the accused into the witness box, sacrificing the right to remain silent to the requirement that he or she prove a fact on a balance of probabilities or risk conviction. The close links between the two rights were recognized before and after the enactment of the *Charter*, which now guarantees them both in s. 11(c) and (d). (See *R. v. Proudlock*, *supra*, at pp. 550-51; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at pp. 356-58; Ratushny, "The Role of the Accused in the Criminal Process", in Beaudoin and Tarnopolsky, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*, at pp. 358-59). Even if the reverse onus clause only relates to one issue, as is the case with s. 106.7(1), an accused who testifies to meet the onus on that point is open to cross-examination on the entire case. Had Parliament provided a way for the accused to enter evidence of the certificate without being required to testify, the arguments of

été enregistrée. Étant donné que le non-enregistrement doit être prouvé afin d'obtenir une déclaration de culpabilité aux termes du par. 89(1), le ministère public doit être en mesure de présenter au juge des faits une preuve suffisante, sous forme de témoignage ou de documents, pour justifier la conclusion hors de tout doute raisonnable que l'arme à feu, en fait, n'est pas ou n'était pas enregistrée.

Le procureur général du Canada a soutenu que, même si le par. 106.7(1) impose la charge de la preuve à l'accusé, en contravention de l'al. 11d), ce fardeau est largement réduit par l'ajout du par. 106.7(2), que je reproduis à nouveau pour la commodité:

106.7 ...

(2) Dans toute procédure engagée en vertu des articles 83 à 106.5, un document donné comme étant une autorisation d'acquisition d'armes à feu, un certificat d'enregistrement ou un permis fait preuve des déclarations qui y sont contenues.

Le procureur général du Canada prétend que cette disposition associée au par. 24(1) de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23, fournit à l'accusé le moyen de s'acquitter de la charge de la preuve que lui impose le par. 106.7(1) sans courir le risque d'une auto-incrimination.

Une objection aux dispositions d'inversion de la charge de la preuve est qu'elles peuvent forcer l'accusé à venir à la barre des témoins, à sacrifier son droit au silence à l'exigence qu'il prouve un fait par la prépondérance des probabilités ou risque d'être déclaré coupable. Les liens étroits qui existent entre les deux droits ont été reconnus avant et après l'adoption de la *Charte* qui les garantit maintenant aux al. 11c) et d). (Voir *R. c. Proudlock*, précité aux pp. 550 et 551; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, aux pp. 356 à 358; Ratushny, «Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle», dans Beaudoin et Tarnopolsky, éd., *La Charte canadienne des droits et libertés*, aux pp. 447 à 449). Même si la clause d'inversion de la charge de la preuve ne porte que sur un seul point, comme c'est le cas du par. 106.7(1), l'accusé qui témoigne pour s'acquitter de la charge qui lui incombe sur ce point peut alors être contre-interrogé sur toute l'affaire. Si le législateur avait prévu

the Attorney General of Canada would be more compelling. I am not, however, satisfied that Parliament has done so in s. 106.7(2).

My reason for concluding that Parliament has not so provided is based on the common law relating to the admission of documents into evidence and the interpretation of s. 106.7(2). Before any document can be admitted into evidence there are two obstacles it must pass. First, it must be authenticated in some way by the party who wishes to rely on it. This authentication requires testimony by some witness; a document cannot simply be placed on the bench in front of the judge. Second, if the document is to be admitted as evidence of the truth of the statements it contains, it must be shown to fall within one of the exceptions to the hearsay rule (Delisle, *Evidence: Principles and Problems*, at pp. 103-105; Ewart, *Documentary Evidence in Canada*, at pp. 12, 13, 33; *Wigmore on Evidence*, vol. 7, 3rd ed., paras. 2128-2135). These are two distinct issues and in my opinion s. 106.7(2) only addresses the latter. A registration certificate, once admitted, is evidence of the statements it contains, namely that the person it names had complied with the registration requirements for a restricted weapon. How does the document get admitted into evidence?

One of the hallmarks of the common law of evidence is that it relies on witnesses as the means by which evidence is produced in court. As a general rule, nothing can be admitted as evidence before the court unless it is vouched for *viva voce* by a witness. Even real evidence, which exists independently of any statement by any witness, cannot be considered by the court unless a witness identifies it and establishes its connection to the events under consideration. Unlike other legal systems, the common law does not usually provide for self-authenticating documentary evidence.

Parliament has provided several statutory exceptions to the hearsay rule for documents, but it less

un mécanisme permettant à l'accusé de produire la preuve du certificat sans être obligé de témoigner, les arguments du procureur général du Canada auraient eu nettement plus de poids. Toutefois, je ne suis pas convaincu que le législateur l'a fait par le par. 106.7(2).

Mes motifs pour conclure que le législateur ne l'a pas fait sont fondés sur la *common law* relative à l'admission de documents en preuve et sur l'interprétation du par. 106.7(2). Avant qu'un document puisse être admis en preuve, il doit franchir deux obstacles. Premièrement, la partie qui désire se fonder sur lui doit l'authentifier. Cette authentification exige la déposition d'un témoin; un document ne peut être simplement déposé à l'audience devant le juge. En second lieu, pour que le document soit admis comme faisant preuve de l'exactitude de son contenu, il faut démontrer qu'il relève de l'une des exceptions à la règle du oui-dire (Delisle, *Evidence: Principles and Problems*, aux pp. 103 à 105; Ewart, *Documentary Evidence in Canada*, aux pp. 12, 13 et 33; *Wigmore on Evidence*, vol. 7, 3rd ed., par. 2128 à 2135). Il s'agit là de deux questions distinctes et, à mon avis, le par. 106.7(2) ne répond qu'à la dernière. Un certificat d'enregistrement, une fois admis, fait preuve de son contenu, savoir que le titulaire qui y est nommé s'est conformé aux formalités d'enregistrement de l'arme à autorisation restreinte. Comment fait-on admettre ce document comme élément de preuve?

L'une des marques de la *common law* en matière de preuve est qu'elle a recours aux témoins pour faire produire des éléments de preuve devant le tribunal. En règle générale, rien ne peut être admis à titre d'élément de preuve devant le tribunal à moins d'être attesté de vive voix par un témoin. Même la preuve matérielle, qui existe indépendamment de toute déclaration d'un témoin, ne peut être prise en considération par le tribunal à moins qu'un témoin ne l'identifie et n'établisse son rapport avec les événements en cause. Contrairement à d'autres systèmes de droit, la *common law* n'envisage normalement pas la preuve par acte authentique.

Le législateur a édicté plusieurs exceptions législatives à la règle du oui-dire dans le cas des

frequently makes exception to the requirement that a witness vouch for a document. For example, the *Canada Evidence Act* provides for the admission of financial and business records as evidence of the statements they contain, but it is still necessary for a witness to explain to the court how the records were made before the court can conclude that the documents can be admitted under the statutory provisions (see ss. 29(2) and 30(6)). Those explanations can be made by the witness by affidavit, but it is still necessary to have a witness. Exceptionally, s. 241 of the *Criminal Code* allows for certificates of analysis for breath and blood samples to be evidence of the facts alleged in them without proof of the authenticity of the document (s. 241(1)(e) to (i)), but the prosecution must give notice of the intention to use the certificates and the accused can require that the analyst attend at trial for cross-examination (s. 241(6) and (7)). There are also common law exceptions to this principle, but the certificate now in issue does not fall within them.

In light of the common law of evidence relating to documents, I do not think that s. 106.7(2) can be interpreted as anything more than a provision which allows a certificate to be evidence of the truth of the statements it contains, as an exception to the hearsay rule. It does not mean that a registration certificate is a self-authenticating document that can be received as evidence without a witness. The use of the word "purporting" may indicate that if the certificate is admitted and the Crown wishes to challenge its authenticity it must do so by proof beyond a reasonable doubt, but the word "purporting" by itself is not enough to make the document self-authenticating, contrary to the general common law approach to documentary evidence. Section 106.7(2) does not make it possible for the accused to put the certificate before the court without some witness identifying it.

There will always be one other person who can testify whether the accused had a registration certificate, and that is the local registrar of firearms

documents, mais il est moins fréquent qu'il fasse une exception dans le cas de l'obligation de faire attester le document par un témoin. Par exemple, la *Loi sur la preuve au Canada* prévoit l'admission des pièces ou registres financiers et d'affaires comme faisant preuve de leur contenu, mais il est toujours nécessaire qu'un témoin vienne expliquer au tribunal comment les pièces ou registres ont été établis, avant que le tribunal puisse conclure que les documents peuvent être admis en vertu de ces dispositions législatives (voir les par. 29(2) et 30(6)). Le témoin peut fournir ses explications par affidavit, mais il est toujours nécessaire d'avoir un témoin. Par exception, l'art. 241 du *Code criminel* permet que les certificats d'analyse de l'haleine et des échantillons de sang fassent preuve des faits qu'ils allèguent sans que la preuve de l'authenticité du document ne soit nécessaire (al. 241(1)e à i)), mais la poursuite doit donner un avis de son intention d'avoir recours au certificat et l'accusé peut exiger que l'analyste compare au procès pour être contre-interrogé (par. 241(6) et (7)). La *common law* prévoit aussi des exceptions à ce principe, mais les certificats et les autorisations en cause ici n'en relèvent pas.

Compte tenu de la *common law* en matière de preuve des documents, je ne pense pas que le par. 106.7(2) puisse être interprété comme autre chose qu'une disposition permettant qu'un certificat fasse preuve de son contenu, à titre d'exception à la règle du ouï-dire. Il ne signifie pas qu'un certificat d'enregistrement soit un document authentique, recevable à ce titre sans être produit par un témoin. L'emploi des termes «donné comme» peut indiquer que si le certificat est admis et que le ministère public désire en contester l'authenticité, il doit le faire par une preuve hors de tout doute raisonnable, mais les termes «donné comme», en eux-mêmes, ne suffisent pas à rendre ce document authentique, ce qui irait à l'encontre de l'approche générale de la *common law* en matière de preuve documentaire. Le paragraphe 106.7(2) ne permet pas à l'accusé de déposer le certificat devant la Cour sans qu'un témoin l'identifie.

Il y aura toujours une autre personne pour dire en témoignage si l'accusé avait un certificat d'enregistrement et c'est le registraire local des armes

who processed the application. The accused could avoid testifying by calling this person instead. As soon as this suggestion is made, it undermines the argument that it is more difficult for the Crown to lead evidence on the question of a registration certificate than it would be for the accused: the local registrar of firearms will likely be a police officer, probably a member of the same force that laid the charges.

Section 106.7(1) will either force the accused to testify, in effect requiring him or her to choose between the constitutionally guaranteed rights not to testify or to be presumed innocent, or will require the accused to call a police officer as a defence witness to testify about information contained in police files. In either case, it cannot be said that Parliament has impaired the presumption of innocence as little as possible.

It is true of course that it would be very easy for the accused in this case to testify whether or not he had a registration certificate, but in almost every case, the accused is one of the people best able to explain what happened. Yet it is a fundamental value in our society that we not force the accused to testify, even when the accused is the only person who can answer the question. When there are other witnesses available, as in the present situation, there is even less reason to expect the accused to explain events.

What is the consequence of a conclusion that s. 106.7(1) cannot be salvaged by s. 1 and that the Crown must disprove the existence of a registration certificate when that is in issue? The very comprehensiveness of the gun control scheme of Part II.1 suggests that the prosecution will be able to meet this requirement. A registration certificate for a restricted weapon is issued for a limited territory only. It will be a relatively easy matter for the Crown to determine if the person has a registration certificate, by enquiring with the local registrar for the area where the accused lives or has a place of business. The local registrar, almost always a police officer or employee of the police, will be able to say whether any application from the accused has ever been received; if not, it is

à feu qui a traité la demande. L'accusé pourrait éviter de témoigner en citant plutôt cette personne. Dès que cette suggestion est faite, on ébranle l'argument selon lequel il est plus difficile pour le ministère public de présenter des éléments de preuve sur la question du certificat d'enregistrement que pour l'accusé: le registraire local des armes à feu sera vraisemblablement un agent de police, probablement un membre du service de police qui a porté les accusations.

Le paragraphe 106.7(1) obligera l'accusé soit à témoigner, en fait en l'obligeant à choisir entre les droits garantis par la Constitution de ne pas témoigner ou d'être présumé innocent, soit à citer un agent de police à titre de témoin de la défense pour déposer sur des renseignements contenus dans des dossiers des forces policières. Dans les deux cas, on ne peut dire que le législateur a porté atteinte le moins possible à la présomption d'innocence.

Il va sans dire qu'il serait très facile pour l'accusé en l'espèce de témoigner pour dire s'il avait un certificat d'enregistrement, mais dans presque tous les cas, l'accusé est l'une des personnes les mieux placées pour expliquer ce qui est arrivé. En fait, c'est une valeur fondamentale de notre société que nous n'obligions pas l'accusé à témoigner, même si c'est la seule personne qui peut répondre à la question. Lorsqu'il y a d'autres témoins, comme en l'espèce, il y a encore moins de raison de s'attendre à ce que l'accusé explique les événements.

Quelle est la conséquence de la conclusion que le par. 106.7(1) ne saurait être sauvegardé par l'article premier et que le ministère public doit réfuter l'existence d'un certificat d'enregistrement lorsque la question se pose? L'étendue même du régime de contrôle des armes à feu prévu à la partie II.1 permet de voir que la poursuite sera en mesure de satisfaire à cette exigence. Un certificat d'enregistrement d'une arme à autorisation restreinte n'est délivré que pour un territoire limité. Il sera relativement facile au ministère public d'établir si l'individu en cause détient un certificat d'enregistrement, en s'adressant au registraire local du lieu où l'accusé habite ou possède une place d'affaires. Le registraire local, qui est presque toujours un agent de police ou un employé de la police, sera en

reasonable to conclude the accused did not have a registration certificate, as no other official could have processed the application. As a back-up, there is also the central registry which the Commissioner is required by statute to maintain of all registration certificates issued, revoked, or refused (s. 106.6). This information is entered on the Canadian Police Information Centre Telex, a centralised computer data bank for the entire country. While it may be the case under some regulatory schemes that it is very difficult for the prosecution to find out whether or not an accused has a required permit or licence, that is not the case here. The police have access to the information, since they are almost invariably the persons responsible for the administration of the Part II.1 registry system, and in any event can consult the computer registry.

It is not unreasonable to require the Crown to consult information within the knowledge of the police and to be ready if necessary to produce that information in court. If the argument of convenience to the accused is to be available at all to justify the reversal of the onus of proof under s. 1, it can only be where it is very difficult for the Crown to meet that onus. If it is possible as a general matter for the Crown to meet the onus, then it should be required to do so, even if it would be easier for the accused to prove the matter. When the police actually have the records in question, or access to them, it is hard to argue that it is difficult for them to prove the absence of the necessary certificate. It is worth noting as well, that the *Canada Evidence Act*, s. 26(2), explicitly provides for proof by affidavit of an officer having charge of such records that a search has been made and that the officer has been unable to find the appropriate licence or document has been issued.

That this is not an impossible task is illustrated by the facts of this case: Allen Prov. Ct. J. convicted the appellant at trial without using s. 106.7(1).

mesure de dire s'il a reçu une demande de l'accusé; si ce n'est pas le cas, il est raisonnable de conclure que l'accusé n'avait pas de certificat d'enregistrement, car aucun autre fonctionnaire n'aurait pu traiter la demande. Comme ressource supplémentaire, il y a également le registre central que le commissaire est obligé de tenir en vertu de la loi où doivent être notés tous les certificats d'enregistrement délivrés, révoqués ou refusés (art. 106.6). Cette information est incluse dans le Téléx du Centre d'information de la police canadienne, une banque centralisée de données informatisées pour l'ensemble du pays. Certes, il se peut qu'aux termes de certains régimes de réglementation il soit fort difficile pour la poursuite d'établir si un accusé détient le permis ou la licence requise, mais ce n'est pas le cas en l'espèce. Les forces policières ont accès à cette information, puisqu'elles sont presque toujours responsables de l'administration du système d'enregistrement prévu par la partie II.1 et peuvent, de toute façon, consulter le registre informatisé.

Il n'est pas déraisonnable d'exiger du ministère public qu'il obtienne les informations qui sont à la disposition de la police et qu'il soit en mesure, si nécessaire, de produire cette information devant le tribunal. Si la commodité pour l'accusé doit servir d'argument pour justifier l'inversion de la charge de la preuve aux termes de l'article premier, ce ne peut être que lorsqu'il est très difficile pour le ministère public de faire cette preuve. S'il est possible, en règle générale, pour le ministère public de s'acquitter du fardeau de la preuve, il doit être requis de le faire, même si cela demeure plus facile pour l'accusé. Lorsque la police dispose effectivement des dossiers en question, ou y a accès, on ne peut guère soutenir qu'il lui est difficile de prouver l'absence du certificat nécessaire. Il convient de souligner aussi que le par. 26(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* prévoit qu'un fonctionnaire ayant la garde de ces dossiers peut prouver par affidavit qu'on a effectué une recherche et que le fonctionnaire a été incapable de constater l'émission de la licence ou du document en question.

Que ce ne soit pas là une tâche impossible ressort des faits de l'espèce: le juge Allen de la Cour provinciale a reconnu l'appelant coupable au

The Crown led enough evidence at trial to persuade Allen Prov. Ct. J. beyond a reasonable doubt that the appellant did not have a registration certificate. It is true that Barkman Co. Ct. J. took a different view of the evidence, but that does not mean the Crown will never be able to prove its case. The Crown could have called Sgt. Pilcher's successor to establish that no certificate was issued after 1979. It could have applied under s. 30 of the *Canada Evidence Act* to enter the contents of the file as evidence. In this case, the Crown simply failed to establish proof beyond a reasonable doubt.

I would conclude that the application of s. 106.7(1) to a person charged with an offence under s. 89(1) is constitutionally invalid. This does not mean, however, that s. 106.7(1) is completely invalid. The section 1 analysis in this case has depended heavily on the nature of registration certificates, including the strict limitations on the area of possession of the restricted weapon and the highly localised administration of the registry system. The section 1 analysis of the presumption in connection with other Part II.1 offences, concerning different certificates or permits, may have a different outcome. For example, firearms acquisition certificates are valid throughout Canada (s. 104(12)). Carrying permits and transport permits allow the owner of a restricted weapon to possess it in different areas, possibly crossing from one police jurisdiction to another (s. 106.2(10)). The justification for s. 106.7(1) in connection with these documents will likely involve different issues and a different s. 1 analysis. Since this case does not involve these types of permits or certificates, I would limit the holding in this case to the conclusion that the application of s. 106.7(1) to a person charged with an offence under s. 89(1) cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

procès sans avoir recours au par. 106.7(1). Le ministère public a offert suffisamment de preuve au procès pour le persuader hors de tout doute raisonnable que l'appelant n'était pas titulaire d'un certificat d'enregistrement. Il est vrai que le juge Barkman de la Cour de comté a apprécié la preuve différemment, mais cela ne signifie pas que le ministère public ne sera jamais en mesure de faire la preuve. Le ministère public aurait pu citer le successeur du sergent Pilcher pour établir qu'aucun certificat n'avait été délivré après 1979. Il aurait pu demander, sur le fondement de l'art. 30 de la *Loi sur la preuve au Canada*, la production du contenu du dossier à titre de preuve. En l'espèce, le ministère public n'a tout simplement pas réussi à faire une preuve hors de tout doute raisonnable.

Je suis d'avis de conclure que l'application du par. 106.7(1) à une personne inculpée d'une infraction aux termes du par. 89(1) est inconstitutionnelle. Toutefois, cela n'entraîne pas l'invalidité totale du par. 106.7(1). L'analyse en vertu de l'article premier en l'espèce s'appuie fortement sur la nature des certificats d'enregistrement, y compris les limites strictes à l'égard de la région où l'on peut posséder une arme à autorisation restreinte et sur l'administration hautement localisée du système d'enregistrement. L'analyse de la présomption en vertu de l'article premier, de pair avec d'autres infractions visées dans la partie II.1, concernant différents certificats ou permis, peut entraîner un résultat différent. Par exemple, les autorisations d'acquisition d'armes à feu sont valides partout au Canada (par. 104(12)). Les permis de port d'armes et les permis de transport permettent au propriétaire d'une arme à autorisation restreinte d'en avoir la possession dans différents endroits, même d'une région qui relève de la compétence d'un service de police à une autre (par. 106.2(10)). La justification du par. 106.7(1) par rapport à ces documents soulèvera vraisemblablement sur des questions différentes et entraînera une analyse différente en vertu de l'article premier. Étant donné que l'espèce ne vise pas ces genres de permis ou de certificats, je suis d'avis de limiter la décision à la conclusion que l'application du par. 106.7(1) à une personne inculpée d'une infraction aux termes du par. 89(1) ne peut être justifiée aux termes de l'article premier de la *Charte*.

There is a final point. Parliament has provided in other cases for proof by way of documentary evidence, without the necessity for a witness in court. The certificate of a breathalyzer analyst, referred to earlier, is one such example. The *Canada Evidence Act* provides another way to prove matters by document. There does not seem to be any difficulty for Parliament to allow similar proof of the files of the local registrar, or possibly of the contents of the Commissioner's central registry.

VIII

Conclusion

In sum, it is my opinion that s. 106.7(1) of the *Criminal Code* violates s. 11(d) of the *Charter*. The application of s. 106.7(1) to a person charged under s. 89(1) cannot be justified under s. 1. I would therefore answer the constitutional question in the affirmative.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal of Manitoba and restore the verdict of acquittal on each of the two charges.

The following are the reasons delivered by

BEETZ J.—Given the dates of the pre-*Charter* trial and the post-*Charter* summary conviction appeal, I assume without deciding that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* applies to this case, and I agree with Justice McIntyre.

The judgment of McIntyre, La Forest and L'Heureux-Dubé was delivered by

MCINTYRE J.—I have read the reasons of the Chief Justice which have been prepared for delivery in this appeal. With deference, I am unable to agree with the result he has reached and with the reasons which have led to his conclusion. I will accordingly express my views on this appeal. The Chief Justice has set out the facts, outlined the dispositions made in the courts below and the essence of the reasons given by the judges in those courts.

Il y a une dernière considération. Le législateur a prévu dans d'autres cas une preuve documentaire sans qu'il soit nécessaire de faire comparaître un témoin. Le certificat d'un analyste d'alcootest, mentionné précédemment, en est un exemple. La *Loi sur la preuve au Canada* prévoit un autre type de preuve documentaire pour certaines questions. Il ne semble pas y avoir de difficultés à ce que le législateur permette une preuve semblable pour les registres du registraire local ou peut-être pour le contenu du registre central du commissaire.

VIII

Conclusion

En somme, je suis d'avis que le par. 106.7(1) du *Code criminel* viole l'al. 11d) de la *Charte*. L'application du par. 106.7(1) à une personne inculpée en vertu du par. 89(1) ne peut être justifiée aux termes de l'article premier. Je suis donc d'avis de répondre à la question constitutionnelle par l'affirmative.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba et de rétablir le verdict d'acquiescement pour chacune des deux accusations.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BEETZ—Étant donné que le procès est antérieur à la *Charte* et que l'appel de la déclaration sommaire de culpabilité est postérieur à la *Charte*, je prends pour acquis, sans pour autant en décider, que la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique au présent pourvoi et je suis d'accord avec le juge McIntyre.

Version française du jugement des juges McIntyre, La Forest et L'Heureux-Dubé rendu par

LE JUGE MCINTYRE—J'ai lu les motifs que le Juge en chef a rédigés en l'espèce. Avec égards, je ne puis souscrire ni à la conclusion à laquelle il en vient ni aux motifs qui l'y ont conduit. Je vais donc exprimer mon point de vue. Le Juge en chef a exposé les faits, résumé les décisions des tribunaux d'instance inférieure et présenté la substance des motifs des juges de ces tribunaux.

The issues raised in the appeal were stated by the appellant in these terms. He submitted that the majority of the Court of Appeal erred in deciding the appeal on a question of fact, or in the alternative, on a question of mixed law and fact; also, that the majority of the Court of Appeal erred in deciding that s. 106.7(1) of the *Criminal Code* of Canada is constitutionally valid and does not contravene the provisions of s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As to the first ground, I agree with the Chief Justice that a question of law was raised in this appeal before the Court of Appeal. It involved a question of the admissibility of evidence which, as the Chief Justice said, is a clear question of law.

I would agree with the Chief Justice that in order to set aside an acquittal, in this case that recorded by Barkman Co. Ct. J. on the first appeal [(1983), 22 Man. R. (2d) 46] the Crown must satisfy the Court that the result would not necessarily have been the same if the error made at trial had not occurred. I do not accept, however, considering the evidence adduced and the nature of the evidence excluded, that the Crown failed to meet that test. This disagreement does not assume great significance here, however, because it is evident from the reasons of Barkman Co. Ct. J. that his acquittal of the appellant depended upon his finding that s. 106.7(1) of the *Criminal Code* offended s. 11(d) of the *Charter*. After stating that the evidence called by the Crown (the appellant gave no evidence) was insufficient to establish guilt, he said:

I am therefore of the opinion that the accused should not have been convicted unless the provisions of s. 106.7(1) are applicable.

Then, after considering the section and the provisions of s. 11(d) of the *Charter*, he concluded by saying:

I therefore find the learned provincial court judge erred in admitting hearsay evidence and I find that s. 106.7(1) does not apply because it offends s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Les questions qui se posent dans ce pourvoi ont été formulées par l'appellant dans les termes suivants. Il a fait valoir que la majorité en Cour d'appel a commis une erreur en tranchant l'appel sur une question de fait ou, subsidiairement, sur une question mixte de fait et de droit. Il a fait valoir en outre que la majorité en Cour d'appel a commis une erreur en jugeant que le par. 106.7(1) du *Code criminel* du Canada est constitutionnel et ne contrevient pas à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En ce qui a trait au premier moyen, je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire qu'une question de droit a été soulevée devant la Cour d'appel en l'espèce. Il s'agissait d'une question d'admissibilité d'éléments de preuve ce qui, comme le dit le Juge en chef, est manifestement une question de droit.

Je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire que, pour obtenir l'annulation d'un acquittement, en l'occurrence celui qu'a inscrit le juge Barkman de la Cour de comté à l'issue du premier appel [(1983), 22 Man. R. (2d) 46] le ministère public doit convaincre la Cour que le résultat n'aurait pas nécessairement été le même en l'absence de l'erreur commise au procès. Compte tenu de la preuve produite et de la nature de la preuve qui a été écartée, il me semble inacceptable de conclure que le ministère public n'a pas satisfait à ce critère. Ce désaccord ne revêt cependant pas une grande importance en l'espèce parce qu'il ressort des motifs du juge Barkman qu'il a acquitté l'appellant parce qu'il a conclu que le par. 106.7(1) du *Code criminel* enfreignait l'al. 11d) de la *Charte*. Ayant affirmé que la preuve à charge (l'appellant n'a pas témoigné) ne suffisait pas pour établir la culpabilité, le juge Barkman a dit:

[TRADUCTION] Je suis donc d'avis que l'accusé n'aurait dû être déclaré coupable que si le par. 106.7(1) s'applique.

Puis, après avoir examiné ce paragraphe et les dispositions de l'al. 11d) de la *Charte*, il a terminé en disant:

[TRADUCTION] Je conclus en conséquence que le savant juge de la Cour provinciale a commis une erreur en admettant une preuve par oui-dire et je conclus que le par. 106.7(1) ne s'applique pas parce qu'il enfreint l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

He had already found that the appellant had possession of the weapons and his acquittal then depended on his finding that s. 106.7(1) was unconstitutional. In other words, he rejected the section on the basis that it reversed the onus of proof. The issue of the constitutionality of the section is therefore vital to a decision in this case.

I turn to the constitutional point. Section 89(1) and s. 106.7 of the *Criminal Code*, the sections with which we are primarily concerned in this appeal, form part of Part II.1 of the *Code* which deals with firearms and other offensive weapons. The *Code* has included provisions for the control, use and possession of firearms since the enactment of the 1892 *Criminal Code*, S.C. 1892, c. 29, s. 105. That section prohibited the possession of pistols and air guns at other than specific places and, as well, provided for exemptions from the operation of the section. Since that time, there have been successive amendments which without exception have strengthened the controls upon possession and use of firearms. The history of this process is summarized by Martin L. Friedland, *A Century of Criminal Justice* (1984), commencing at p. 125. He concludes, at p. 128, with what may be considered a sober warning:

Canada has been fortunate in having had a gradual development of control over firearms for the past 100 years. We have never had to face a situation as in the United States today, which appears to many observers to be almost out of control.

This is a consideration which may well be significant in any judicial approach to the construction of Part II.1 of the *Code*. It is evident that the strict control of handguns has been and remains an essential feature of the Canadian gun control laws.

It is clear that the overall intent of Parliament in enacting Part II.1 of the *Criminal Code* was to prohibit the acquisition and use of weapons save in accordance with the strict controls it prescribed. Section 89(1) under which the appellant was charged gives effect to this intention by providing that:

Le juge Barkman avait déjà conclu que l'appellant avait eu les armes en sa possession. Son verdict d'acquiescement reposait donc sur sa conclusion que le par. 106.7(1) est inconstitutionnel. En d'autres termes, il a rejeté ce paragraphe pour le motif qu'il renversait la charge de la preuve. La question de la constitutionnalité du paragraphe est donc capitale pour le règlement du pourvoi.

Abordons maintenant l'aspect constitutionnel. Le paragraphe 89(1) et l'art. 106.7 du *Code criminel*, qui sont les dispositions principalement en cause, se trouvent dans la partie II.1 du *Code*, qui traite des armes à feu et d'autres armes offensives. Depuis l'adoption du *Code criminel* de 1892, S.C. 1892, chap. 29, art. 105, le *Code* contient des dispositions portant sur le contrôle, l'usage et la possession d'armes à feu. L'article 105 interdisait le port de pistolets et de fusils à vent dans des lieux autres que ceux spécifiés et il prévoyait aussi des exemptions de son application. Il y a eu depuis des modifications successives qui, sans exception, ont rendu plus sévères les restrictions relatives à la possession et à l'usage d'armes à feu. Martin L. Friedland fait un bref historique de ce processus dans *A Century of Criminal Justice* (1984), à partir de la p. 125. À la page 128, il conclut en faisant ce qui peut être considéré comme une sérieuse mise en garde:

[TRADUCTION] Au Canada, par bonheur, le contrôle des armes à feu s'est développé graduellement au cours des cent dernières années. Nous n'avons jamais eu à faire face à une situation semblable à celle qui existe aujourd'hui aux États-Unis et qui, selon nombre d'observateurs, est devenue quasi-incontrôlable.

C'est une considération qui peut bien s'avérer importante dans l'interprétation de la partie II.1 du *Code* par les tribunaux. Il est évident qu'un contrôle strict des armes de poing a été et demeure une caractéristique essentielle des lois canadiennes en matière de contrôle des armes à feu.

Il est clair que le législateur a adopté la partie II.1 du *Code criminel* avec l'intention générale d'interdire toute acquisition et tout usage d'armes à feu qui n'étaient pas conformes aux contrôles stricts y prescrits. Le paragraphe 89(1), en vertu duquel l'appellant a été accusé, concrétise cette intention en prévoyant:

89. (1) Every one who has in his possession a restricted weapon for which he does not have a registration certificate

(a) is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for five years; or

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

It is evident then that only one possessing a restricted weapon for which he has no registration certificate can be convicted under the section. If a certificate of registration is not obtained, a criminal offence arises from the mere possession of the restricted firearm. Section 89(1) does not apply to anyone who has a valid certificate which is a condition precedent to the lawful possession of the weapons.

The argument is made that s. 106.7(1) imposes a reverse onus of proof upon the accused in a prosecution under s. 89(1). Section 106.7(1) reads:

106.7 (1) Where, in any proceedings under any of sections 83 to 106.5, any question arises as to whether a person is or was the holder of a firearms acquisition certificate, registration certificate or permit, the onus is on the accused to prove that that person is or was the holder of such firearms acquisition certificate, registration certificate or permit.

In pre-*Charter* cases the imposition of a reverse onus upon an accused was frequently recognized and accepted as an exception to the general rule requiring proof by the Crown of all elements of an offence beyond a reasonable doubt. It was settled, as well, that where the accused was required to discharge an onus relating to an element of a criminal offence, he had to do so according to the civil standard of proof, that is, he had to establish the matter on a balance of probabilities. A statement of the rule, as then accepted, is to be found in *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303. It must be recognized now, however, that a statutory provision which imposes a burden of proof or disproof of an element of an offence on an accused creates

89. (1) Est coupable

a) d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans, ou

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

quiconque a en sa possession une arme à autorisation restreinte pour laquelle il ne détient pas de certificat d'enregistrement.

Il est donc évident que seul celui qui a en sa possession une arme à autorisation restreinte pour laquelle il ne détient pas de certificat d'enregistrement peut être déclaré coupable en vertu de ce paragraphe. Si on ne se procure pas de certificat d'enregistrement, la simple possession de l'arme à autorisation restreinte constitue une infraction criminelle. Le paragraphe 89(1) ne vise pas ceux qui détiennent un certificat valide, ce qui est la condition à remplir pour que la possession des armes soit légale.

On fait valoir que, dans le cas de poursuites engagées en vertu du par. 89(1), le par. 106.7(1) renverse la charge de la preuve en l'imposant à l'accusé. Le paragraphe 106.7(1) dit:

106.7 (1) Dans toute procédure engagée en vertu des articles 83 à 106.5, c'est à l'inculpé qu'il incombe de prouver que telle ou telle personne est ou était titulaire d'une autorisation d'acquisition d'armes à feu, d'un certificat d'enregistrement ou d'un permis lorsque cette question se pose.

Dans la jurisprudence antérieure à la *Charte*, l'inversion de la charge de la preuve a été fréquemment reconnue et acceptée comme une exception à la règle générale exigeant que le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable tous les éléments d'une infraction. De plus, il était bien établi que, lorsqu'il incombait à l'accusé de faire la preuve à l'égard d'un élément d'une infraction criminelle, il devait le faire selon la norme applicable en matière civile, c'est-à-dire en produisant une preuve selon la prépondérance des probabilités. La règle admise à cette époque-là est énoncée dans l'arrêt *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303. Toutefois, force nous est de reconnaître qu'à l'heure actuelle une disposition législative qui impose à un

an impermissible reverse onus under the *Charter*: see *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, at p. 655; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; and *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3. It has been held that any statutory provision which could have the effect of permitting a conviction, notwithstanding the existence of a reasonable doubt as to guilt, would contravene s. 11(d) of the *Charter* which guarantees the right to be presumed innocent until proven guilty according to law.

In my view, however, these principles cannot be of assistance to the appellant here. There is no reverse onus imposed upon the accused by s. 106.7(1), despite the words which are employed in the section. The holder of a registration certificate cannot be made subject to a conviction under s. 89(1). He is not required to prove or disprove any element of the offence or for that matter anything related to the offence. At most, he may be required to show by the production of the certificate that s. 89(1) does not apply to him and he is exempt from its provisions. Far from reversing any onus, s. 106.7 provides in subs. (2) that a document purporting to be a valid registration certificate is evidence and, therefore, *prima facie* proof of the statements contained therein and in the case at bar conclusive proof, as provided in s. 24(1) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, set out hereunder:

24. (1) Where an enactment provides that a document is evidence of a fact without anything in the context to indicate that the document is conclusive evidence, then, in any judicial proceedings, the document is admissible in evidence and the fact shall be deemed to be established in the absence of any evidence to the contrary.

As Hart J.A. stated in *R. v. Conrad* (1983), 8 C.C.C. (3d) 482 (N.S.C.A.), at p. 487, dealing with a charge under s. 87 of the *Criminal Code*:

The crime is to carry a weapon concealed, and all persons who do so are guilty of the offence. Certain persons are, however, exempted from this prohibition

accusé une obligation de prouver l'existence ou l'inexistence d'un élément d'une infraction crée une inversion de la charge de la preuve inadmissible aux termes de la *Charte*: voir *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, à la p. 655; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; et *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3. Il a été établi qu'une disposition législative qui pourrait avoir pour effet de permettre un verdict de culpabilité en dépit de l'existence d'un doute raisonnable quant à la culpabilité, contreviendrait à l'al. 11d) de la *Charte*, qui garantit le droit d'être présumé innocent tant qu'on n'a pas été déclaré coupable conformément à la loi.

J'estime cependant que ces principes ne sont d'aucun secours à l'appelant en l'espèce. Malgré les termes qu'il emploie, le par. 106.7(1) n'impose pas la charge de la preuve à l'accusé. Le titulaire d'un certificat d'enregistrement ne peut être déclaré coupable aux termes du par. 89(1). Il n'a pas à prouver l'existence ou l'inexistence d'un élément de l'infraction ni même quoi que ce soit qui a trait à cette infraction. Tout au plus, il peut être tenu de démontrer par la production du certificat que le par. 89(1) ne s'applique pas à elle et qu'elle est exemptée à l'application de ses dispositions. L'article 106.7, loin de renverser la charge de la preuve, prévoit à son par. (2) qu'un document donné comme étant un certificat d'enregistrement valide est une preuve et, donc, constitue une preuve *prima facie* des déclarations qui y sont contenues et, en l'espèce, une preuve concluante au sens du par. 24(1) de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23, dont voici le texte:

24. (1) Quand un texte législatif déclare qu'un document constitue la preuve d'un fait sans qu'il y ait, dans le contexte, une indication que le document est une preuve concluante, ce dernier est recevable comme preuve dans toutes procédures judiciaires et le fait est alors réputé établi en l'absence de toute preuve contraire.

Comme l'affirme le juge Hart dans l'arrêt *R. v. Conrad* (1983), 8 C.C.C. (3d) 482 (C.A.N.-É.), à la p. 487, à propos d'une accusation portée en vertu de l'art. 87 du *Code criminel*:

[TRADUCTION] Le crime consiste à porter une arme dissimulée et quiconque le fait se rend coupable de l'infraction. Cette interdiction ne s'applique toutefois

provided they establish their right to exemption before the court. The requirement that they affirmatively establish their privilege of possessing and carrying a restricted weapon does not, in my opinion, interfere with or impede their right to be presumed innocent. The existence of their privilege is not a fact which must be negatived [*sic*] by the Crown beyond a reasonable doubt in proving the offence charged. No presumption of guilt arises from the combination of ss. 87 and 106.7(1) of the *Criminal Code*. This is not a situation where a person is deemed to be guilty of an offence unless he establishes his innocence. He is in fact deemed to be not guilty of an offence under s. 87 if he holds a permit of exemption, but the burden is cast upon him to establish that he falls within the exemption given to him. [Emphasis added.]

Although the accused must establish that he falls within the exemption, there is no danger that he could be convicted under s. 89(1), despite the existence of a reasonable doubt as to guilt, because the production of the certificate resolves all doubts in favour of the accused and in the absence of the certificate no defence is possible once possession has been shown. In such a case, where the only relevant evidence is the certificate itself, it cannot be said that the accused could adduce evidence sufficient to raise doubt without at the same time establishing conclusively that the certificate had been issued. The theory behind any licensing system is that when an issue arises as to the possession of the licence, it is the accused who is in the best position to resolve the issue. Otherwise, the issuance of the certificate or licence would serve no useful purpose. Not only is it rationally open to the accused to prove he holds a licence (see *R. v. Shelley*, [1981] 2 S.C.R. 196, at p. 200, *per* Laskin C.J.), it is the expectation inherent in the system.

Therefore, in my view, s. 106.7(1) does not violate s. 11(d) of the *Charter*. On that basis, I would dismiss the appeal and uphold the conviction.

Section 1 Analysis

In view of the conclusion that I have reached on the constitutional question, it is not necessary for

pas à certaines personnes si elles établissent devant le tribunal leur droit à l'exemption. À mon avis, l'exigence qui leur est imposée de démontrer qu'elles jouissent du privilège de posséder et de porter une arme à autorisation restreinte ne porte nullement atteinte à leur droit d'être présumées innocentes. L'existence de leur privilège n'est pas un fait dont le ministère public doit prouver la fausseté hors de tout doute raisonnable en établissant la perpétration de l'infraction reprochée. L'article 87 et le par. 106.7(1) du *Code criminel*, pris ensemble, ne font naître aucune présomption de culpabilité. Il ne s'agit pas d'une situation où une personne est réputée coupable d'une infraction, à moins qu'elle ne prouve son innocence. De fait, elle est réputée non coupable d'une infraction à l'art. 87 si elle détient un permis qui lui fait bénéficier d'une exemption. Il lui incombe toutefois d'établir qu'elle relève de l'exemption qui lui a été accordée. [Je souligne.]

Bien que l'accusé doive établir qu'il relève de l'exemption, il n'y a aucun danger qu'il soit déclaré coupable aux termes du par. 89(1), malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à sa culpabilité, parce que la production du certificat dissipe tous les doutes d'une manière qui est favorable à l'accusé et qu'à défaut du certificat il n'existe pas de moyen de défense dès que la possession a été démontrée. Dans ce cas, comme le seul élément de preuve pertinent est le certificat lui-même, on ne peut dire que l'accusé pourrait apporter une preuve suffisante pour soulever des doutes sans en même temps établir de façon concluante que le certificat a été délivré. La théorie sous-jacente à tout système de permis est que, lorsque la possession d'un permis est en question, c'est l'accusé qui est le mieux placé pour résoudre cette question. Autrement, la délivrance du certificat ou du permis ne servirait à rien. Non seulement l'accusé est raisonnablement en mesure de prouver qu'il détient un permis (voir *R. c. Shelley*, [1981] 2 R.C.S. 196, à la p. 200, motifs du juge en chef Laskin), mais c'est ce qu'on attend qu'il fasse.

J'estime en conséquence que le par. 106.7(1) ne viole pas l'al. 11d) de la *Charte*. Cela étant, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la déclaration de culpabilité.

L'analyse fondée sur l'article premier

Vu ma conclusion sur la question constitutionnelle, il n'est pas nécessaire que j'étudie l'applica-

me to consider the application of s. 1 of the *Charter*. However, since the question has been raised and argued, I will deal with s. 1 for the purposes of this discussion on the assumption that s. 106.7(1) does infringe the s. 11(d) right. In my view, s. 106.7(1) is clearly sustainable as a reasonable limit prescribed by law which can be demonstrably justified in a free and democratic society. The Chief Justice by reference to *R. v. Oakes, supra*, has set out the general approach to s. 1 which that case dictates. On the basis of the *Oakes* test, the impugned section is clearly sustainable. The purpose of Part II.1 and its component sections, including s. 89(1), most assuredly aims at an objective "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom" (see *Oakes*, p. 138). The private possession of weapons and their frequent misuse has become a grave problem for the law enforcement authorities and a growing threat to the community. The rational control of the possession and use of firearms for the general social benefit is too important an objective to require a defence. Therefore, I agree with the Chief Justice in his conclusion that the provisions of Part II.1, in general, and s. 106.7(1), in particular, satisfy the first test, that is, that they serve an important social objective.

The second test in *Oakes* involves a consideration of proportionality. In my view, s. 106.7(1) meets that test as well. This Court has repeatedly observed that the proportionality test must be flexible to avoid a rigid confinement of the Court's consideration to fixed and unchanging standards. The Chief Justice has said in *Oakes*, at p. 139:

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.

tion de l'article premier de la *Charte*. Toutefois, comme la question a été soulevée et débattue, je vais pour les fins de la discussion me pencher sur l'article premier en tenant pour acquis que le par. 106.7(1) porte effectivement atteinte au droit garanti par l'al. 11d). Selon moi, le par. 106.7(1) est clairement justifiable en tant que restriction raisonnable prescrite par une règle de droit, restriction dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. En se référant à l'arrêt *R. c. Oakes*, précité, le Juge en chef a énoncé la façon générale d'aborder l'article premier commandée par cet arrêt-là. Si l'on applique le test formulé dans l'arrêt *Oakes*, l'article attaqué est clairement justifiable. La partie II.1 et les articles qui la composent, y compris le par. 89(1), visent très assurément un objectif «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution» (voir *Oakes*, à la p. 138). La possession d'armes par des particuliers et l'abus fréquent de ces armes sont devenus un problème grave pour les corps policiers et représentent une menace croissante pour la société. Contrôler rationnellement dans l'intérêt social général la possession et l'usage d'armes à feu constitue un objectif trop important pour qu'il soit nécessaire de le défendre. Je souscris en conséquence à la conclusion du Juge en chef que les dispositions de la partie II.1 en général et du par. 106.7(1) en particulier satisfont au premier critère, c'est-à-dire qu'elles servent un objectif social important.

Le second critère formulé dans l'arrêt *Oakes* est celui de la proportionnalité. À mon avis, le par. 106.7(1) y satisfait également. Cette Cour a fait remarquer à maintes reprises que le critère de proportionnalité doit être souple afin d'éviter que l'examen entrepris par la Cour ne soit rigidement limité à l'application de normes fixes et invariables. Le Juge en chef dit dans l'arrêt *Oakes*, à la p. 139:

Même si la nature du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances, les tribunaux devront, dans chaque cas, soulever les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes.

A certain element of common sense must dictate: the Chief Justice observed in *Oakes*, at p. 138, that:

... there may be cases where certain elements of the s. 1 analysis are obvious or self-evident.

In *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, he stated at pp. 768-69:

The Court stated that the nature of the proportionality test would vary depending on the circumstances. Both in articulating the standard of proof and in describing the criteria comprising the proportionality requirement the Court has been careful to avoid rigid and inflexible standards.

Again, at pp. 781-82:

A "reasonable limit" is one which, having regard to the principles enunciated in *Oakes*, it was reasonable for the legislature to impose. The courts are not called upon to substitute judicial opinions for legislative ones as to the place at which to draw a precise line. [Emphasis added.]

La Forest J. (concurring in the result in *Edwards Books, supra*) made the following comment, at pp. 794-95:

Let me first underline what is mentioned in the Chief Justice's judgment, that in describing the criteria comprising the proportionality requirement, the Court has been careful to avoid rigid and inflexible standards. That seems to me to be essential. Given that the objective is of pressing and substantial concern, the Legislature must be allowed adequate scope to achieve that objective. It must be remembered that the business of government is a practical one. The Constitution must be applied on a realistic basis having regard to the nature of the particular area sought to be regulated and not on an abstract theoretical plane

By the foregoing, I do not mean to suggest that this Court should, as a general rule, defer to legislative judgments when those judgments trench upon rights considered fundamental in a free and democratic society. Quite the contrary, I would have thought the *Charter* established the opposite regime. On the other hand, having accepted the importance of the legislative objective, one must in the present context recognize that if the legislative goal is to be achieved, it will inevitably be achieved to the detriment of some. Moreover, attempts to protect the rights of one group will also inevitably impose burdens on the rights of other groups. There is

Le bon sens s'impose: le Juge en chef souligne dans l'arrêt *Oakes*, à la p. 138:

... qu'il peut arriver que certains éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier soient manifestes ou évidents en soi.

Dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 768 et 769, il dit:

La Cour a affirmé que la nature du critère de proportionnalité pourrait varier en fonction des circonstances. Tant dans son élaboration de la norme de preuve que dans sa description des critères qui comprennent l'exigence de proportionnalité, la Cour a pris soin d'éviter de fixer des normes strictes et rigides.

Aux pages 781 et 782, il ajoute:

Une «limite raisonnable» est une limite qui, compte tenu des principes énoncés dans l'arrêt *Oakes*, pouvait être raisonnablement imposée par le législateur. Les tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l'endroit où tracer une ligne de démarcation. [Je souligne.]

Le juge La Forest (souscrivant au dispositif dans l'affaire *Edwards Books*, précitée) fait les observations suivantes, aux pp. 794 et 795:

Permettez-moi tout d'abord de souligner, comme le mentionne l'avis du Juge en chef, qu'en décrivant les critères circonscrivant l'exigence de proportionnalité, la Cour a pris soin d'éviter de fixer des normes strictes et rigides. Cela me paraît essentiel. Étant donné que l'objectif est de répondre à une préoccupation urgente et réelle, il faut accorder au législateur suffisamment de latitude pour lui permettre de l'atteindre. Il faut se rappeler que la tâche de gouverner revêt un caractère pratique. L'application de la Constitution doit se faire de manière réaliste en tenant compte de la nature du domaine particulier qu'on veut réglementer et ne pas être une affaire de théorie abstraite . . .

Par là, je ne veux pas laisser entendre que la Cour devrait, en règle générale, s'en remettre au bon jugement du législateur lorsque celui-ci porte atteinte à des droits considérés comme fondamentaux dans le cadre d'une société libre et démocratique. Bien au contraire, j'aurais pensé que la *Charte* établit le régime opposé. D'autre part, ayant reconnu l'importance de l'objectif du législateur en l'espèce, on se doit dans le présent contexte de reconnaître que, si l'objectif du législateur doit être atteint, il ne pourra l'être qu'au détriment de certains. En outre, toute tentative de protéger les droits d'un groupe grèvera inévitablement les droits d'autres

no perfect scenario in which the rights of all can be equally protected.

In seeking to achieve a goal that is demonstrably justified in a free and democratic society, therefore, a legislature must be given reasonable room to manoeuvre to meet these conflicting pressures. Of course, what is reasonable will vary with the context. Regard must be had to the nature of the interest infringed and to the legislative scheme sought to be implemented.

And, in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, the Chief Justice said, at pp. 73-74:

In *Oakes*, at p. 139, the Court referred to three considerations which are typically useful in assessing the proportionality of means to ends. First, the means chosen to achieve an important objective should be rational, fair and not arbitrary. Second, the legislative means should impair as little as possible the right or freedom under consideration. Third, the effects of the limitation upon the relevant right or freedom should not be out of proportion to the objective sought to be achieved.

In my view, the proportionality test in *Oakes* is easily satisfied in this case. Before going further, it will be helpful to state in simple terms just what is required of persons who wish to possess and use restricted weapons. They are required to register the weapons. Having done so, they are provided with a certificate which excludes them from the provisions of Part II.1 within the terms of their certificate. If a question arises as to the existence of a permit or certificate, they are required to produce it. That is the burden imposed upon a person lawfully in possession of a restricted weapon. In this way, the legislative purpose implicit in s. 89(1) of the *Criminal Code* is recognized and given effect. A condition precedent to the lawful possession of a restricted weapon is the obtaining of a valid registration certificate by the possessor. If the certificate is not held, a criminal offence has been committed by the mere fact of possession. Thus, a balance has been struck between the interest of the community in the control of possession and use of firearms and the interest of those who desire to possess and make lawful use of firearms. Considering then the first branch of the proportionality test, it is completely "rational, fair and not arbitrary" that where any question arises as to whether the proper certificate has been

groupes. Il n'y a pas de scénario parfait qui puisse permettre de protéger également les droits de tous.

Donc, en cherchant à atteindre un objectif dont il est démontré qu'il est justifié dans le cadre d'une société libre et démocratique, le législateur doit disposer d'une marge de manœuvre raisonnable pour répondre à ces pressions opposées. Bien entendu, ce qui est raisonnable variera avec le contexte. On doit tenir compte de la nature de l'intérêt brimé et du régime législatif qu'on veut implanter.

Et, dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, le Juge en chef dit, à la p. 74:

Dans l'arrêt *Oakes*, à la p. 139, la Cour se réfère à trois facteurs particulièrement utiles à l'évaluation de la proportionnalité entre les moyens et les fins. En premier lieu, les moyens choisis pour atteindre un objectif important doivent être rationnels, justes et non arbitraires. En second lieu, les moyens législatifs doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en cause. En troisième lieu, les effets de la restriction du droit ou de la liberté en cause ne doivent pas être disproportionnés par rapport à l'objectif recherché.

Selon moi, il est facile en l'espèce de satisfaire au critère de proportionnalité énoncé dans l'arrêt *Oakes*. Avant de poursuivre l'analyse, il est utile de préciser en termes simples ce que doivent faire les personnes qui désirent avoir des armes à autorisation restreinte en leur possession et les utiliser. Elles doivent les faire enregistrer, sur quoi on leur remet un certificat qui les exclut de l'application des dispositions de la partie II.1 selon les conditions de leur certificat. Si une question se pose quant à l'existence d'un permis ou d'un certificat, on requiert la production de ce permis ou certificat. Voilà la charge qui est imposée à une personne ayant légalement en sa possession une arme à autorisation restreinte. De cette manière, on reconnaît l'intention législative qui ressort implicitement du par. 89(1) du *Code criminel* et on y donne suite. L'obtention d'un certificat d'enregistrement valide est la condition que doit remplir le possesseur d'une arme à autorisation restreinte pour que la possession soit légale. Si elle ne détient pas de certificat, la personne en question commet une infraction criminelle du simple fait de la possession. Il s'ensuit qu'un équilibre a été établi entre l'intérêt qu'a la collectivité à ce que la possession et l'usage d'armes à feu soient contrôlés et l'intérêt de ceux qui désirent posséder des armes à feu et

issued the accused be expected to produce it. This is particularly true where, as here, the impugned legislative provisions provide to the lawful weapon holder an absolute defence or immunity from prosecution. It is, in my view, irrelevant that possession of a restricted weapon "in no way tends rationally to prove" any lack of registration certificate, for the possession of the weapon in the absence of the certificate is an offence complete in itself. In addition, as has been pointed out earlier, there is no possibility that a person could be convicted despite the existence of a reasonable doubt as to his guilt. This could not occur. In my view, therefore, it is totally unreasonable to require the Crown to prove the non-occurrence of an event (registration) for which the *Criminal Code* itself provides the only relevant evidence directly to the affected party. As Brooke J.A. said in *R. v. Lee's Poultry Ltd.* (1985), 17 C.C.C. (3d) 539 (Ont. C.A.), at p. 544 regarding the comment by Dubin J.A. during the argument on that case:

"How could it be unfair to ask a person to produce his licence or evidence that he has one? Surely, it is the sensible thing to do".

Secondly, s. 106.7(1) should impair as little as possible the right to be presumed innocent. The Chief Justice objects to an obligation on an accused to produce a licence on the basis that it may force the accused into the witness box. Reference was made to a passage from pp. 184-85, Glanville Williams, *The Proof of Guilt* (3rd ed. 1963), in support of the argument against making exceptions to the principle that the Crown bear the onus of proof. The words which follow the excerpt referred to by the Chief Justice, however, cast light upon the question of requiring the accused to enter the witness box. The learned author continued his discussion, at p. 185, with the following:

s'en servir légalement. Donc, en ce qui concerne le premier volet du critère de proportionnalité, il est parfaitement «rationnel, juste et non arbitraire», que, lorsqu'on se demande si le certificat approprié a été délivré, on s'attende à ce que l'accusé produise ce certificat. Cela vaut particulièrement lorsque, comme en l'espèce, les dispositions législatives attaquées donnent à celui qui est légalement en possession d'une arme un moyen de défense absolu ou une immunité absolue contre des poursuites. À mon avis, le fait que la possession d'une arme à autorisation restreinte «ne tend d'aucune manière rationnelle à prouver» l'inexistence d'un certificat d'enregistrement n'est pas pertinent, car avoir l'arme en sa possession sans certificat constitue en soi une infraction complète. En outre, comme je l'ai déjà signalé, il est impossible qu'une personne soit déclarée coupable en dépit de l'existence d'un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Cela ne pourrait pas arriver. J'estime en conséquence qu'il est tout à fait déraisonnable d'exiger que le ministère public prouve l'inexistence d'un événement (l'enregistrement), à l'égard duquel le *Code criminel* lui-même fournit directement à l'intéressé la seule preuve pertinente. Ainsi que l'a dit le juge Brooke de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Lee's Poultry Ltd.* (1985), 17 C.C.C. (3d) 539 (C.A. Ont.), à la p. 544, concernant une observation faite par le juge Dubin au cours des débats dans cette affaire-là:

[TRADUCTION] Comment pourrait-il être injuste de demander à une personne de produire son permis ou de fournir une preuve qu'elle est titulaire d'un permis? N'est-ce pas la chose logique à faire?

En deuxième lieu, le par. 106.7(1) doit porter le moins possible atteinte au droit d'être présumé innocent. Le Juge en chef s'oppose à l'obligation imposée à l'accusé de produire un permis parce que cela peut le forcer à témoigner. Pour appuyer l'argument selon lequel il ne faut faire aucune exception au principe voulant que ce soit au ministère public qu'incombe la charge de la preuve, on s'est référé à un passage aux pp. 184 et 185 de Glanville Williams, *The Proof of Guilt* (3rd ed. 1963). Toutefois, ce qui suit l'extrait mentionné par le Juge en chef jette de la lumière sur la question de l'obligation de l'accusé de témoigner. En effet, l'auteur poursuit son analyse en disant, à la p. 185:

There is a clear if subtle difference between shifting the burden of proof, or risk of non-persuasion of the jury, and shifting the evidential burden, or burden of introducing evidence in proof of one's case. It is not a grave departure from traditional principles to shift the evidential burden, though such a shifting does take away from the accused the right to make a submission that there is no case to go to the jury on the issue in question, and it may in effect force him to go into the witness-box.

In any event, the risk of cross-examination upon going into the witness box would be relatively small, given that the only relevant issue to which it would ordinarily be addressed is as to whether a registration certificate had been properly acquired and, in any event, under s. 13 of the *Charter* and the judgments of this Court in *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, and *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272, which applied its provisions, the cross-examination could not be used against the accused in any other case and an accused would be exposed to no danger in that respect. Of more importance, however, is the fact that the concern is more academic than real because the mere existence of a valid certificate would ordinarily forestall any criminal proceedings. It becomes improbable, to say the least, that an accused will ever be forced to testify merely to produce his licence. In my view, the fact that an accused might be required to enter the witness box to tender his certificate would not be a matter of great significance and certainly not one which would justify a finding of unconstitutionality of s. 106.7(1). Therefore, in my view, Parliament has impaired very minimally the presumption of innocence by requiring an accused to show his licence as proof of lawful possession.

Finally, there is no doubt that the third test of proportionality, as between the limitation of the *Charter* right and the objectives sought to be achieved, is also amply demonstrated. It has been suggested that it "should not be at all difficult" for the Crown to prove a negative, namely, that no certificate had been issued. This, however, is to

[TRADUCTION] Il y a une différence claire, quoique subtile, entre le déplacement de la charge de la preuve ou du risque de ne pas convaincre le jury et le déplacement de la charge de présentation, c'est-à-dire la charge de produire une preuve à l'appui de ses allégations. Je ne crois pas qu'on commette une entorse grave aux principes traditionnels en déplaçant la charge de présentation, bien que ce déplacement enlève effectivement à l'accusé le droit de faire valoir qu'il n'y a aucune preuve à présenter au jury relativement à la question en cause, et qu'il puisse en fait forcer l'accusé à témoigner.

Quoi qu'il en soit, le risque d'avoir à subir un contre-interrogatoire du moment qu'on se présente à la barre des témoins serait relativement mince étant donné que la seule question pertinente qui serait ordinairement examinée, serait celle de savoir si on a dûment obtenu un certificat d'enregistrement. De toute façon, aux termes de l'art. 13 de la *Charte* et suivant les arrêts *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, et *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272, dans lesquels cette Cour a appliqué cette disposition, le contre-interrogatoire ne pourrait être réutilisé contre l'accusé dans le cadre d'autres procédures, de sorte qu'il ne se verrait exposé à aucun danger à cet égard. Ce qui importe davantage cependant est le fait que l'inquiétude est plus théorique que réelle, puisque la simple existence d'un certificat valide ferait normalement obstacle à des poursuites criminelles. Il est pour le moins improbable qu'un accusé soit jamais forcé de comparaître à la barre des témoins à seule fin de produire son permis. À mon avis, le fait qu'un accusé soit tenu de venir à la barre des témoins pour produire son certificat ne revêt pas une très grande importance et ne justifie certainement pas qu'on conclut à l'inconstitutionnalité du par. 106.7(1). Cela étant, j'estime qu'en exigeant qu'un accusé produise son permis comme preuve de possession légale, le législateur n'a porté atteinte que d'une façon très minime à la présomption d'innocence.

Enfin, il ne fait pas de doute qu'on a amplement démontré que le troisième volet du critère de proportionnalité a été rempli, c'est-à-dire qu'il y a proportionnalité entre la restriction apportée au droit garanti par la *Charte* et les objectifs visés. On a dit qu'il «ne devrait pas être difficile» au ministère public de prouver un fait

deny the many problems of proof which the licensing system was itself designed to avoid. First is the problem of the number of registrars who could deal with the application for registration. The local registrar can issue a certificate based on the normal place of business even though the accused lives in another city or province. If an accused carries on several businesses in diverse areas or resides at varying locations, is it reasonable to expect that several local registrars be called to testify that after a search of their records they could find no certificate issued? I am unable to agree with the Chief Justice in his conclusion that:

If that local registrar had not received an application for a registration certificate, then no one else could have received one.

It is not necessarily an easy matter for the Crown to prove non-registration. The existence of a central computerized registry system offers no complete answer to the problems facing the Crown in meeting the burden the Chief Justice would impose. To authenticate the accuracy of a computer file could involve extensive evidentiary procedures and much would need to be proven in order to verify the completeness of the computer record and the absence of a certificate for an accused. This would be an inordinate burden on the Crown in criminal enforcement when Parliament itself adopted the reasonable alternative of providing the accused with a certificate which would establish his innocence by its mere production.

The measures adopted in Part II.1 of the *Criminal Code* are carefully tailored to effect a balance between the community interest and that of those who desire to possess weapons lawfully and they are clearly appropriate to the objectives sought. Only minimal interference is made with the right of the individual weapon possessor. His rights from a practical point of view are limited to the least extent possible. Even if there is merit in the suggestion that the Crown, using computers and

négatif, savoir qu'aucun certificat n'a été délivré. Toutefois, c'est là nier l'existence des nombreux problèmes de preuve que le système de permis est destiné à éviter. Il y a d'abord le problème du nombre de registraires qui pourraient traiter la demande d'enregistrement. Le registraire local peut délivrer un certificat en tenant compte du lieu d'affaires habituel, même si l'accusé vit dans une autre ville ou province. Si un accusé exploite plusieurs entreprises dans différentes régions ou qu'il a plusieurs résidences, est-il raisonnable de s'attendre que plusieurs registraires locaux soient cités pour témoigner que, d'après leurs registres, aucun certificat n'a été délivré? Je ne puis souscrire à la conclusion du Juge en chef que:

Si ce registraire local n'a pas reçu de demande de certificat d'enregistrement, alors personne d'autre n'aurait pu en recevoir.

Ce n'est pas nécessairement une chose facile pour le ministère public de prouver le non-enregistrement. L'existence d'un système central d'enregistrement informatisé ne résout pas complètement les problèmes auxquels le ministère public aura à faire face en s'acquittant de la charge que lui imposerait le Juge en chef. Authentifier l'exactitude d'un fichier informatique pourrait nécessiter le recours à des procédures complexes de présentation de la preuve et il faudrait produire de nombreux éléments de preuve pour vérifier si le registre informatisé est complet et s'il n'existe aucun certificat pour l'accusé. Ce serait là imposer au ministère public un fardeau excessif dans le domaine de l'application de lois pénales alors que le législateur lui-même a adopté la solution raisonnable qui consiste à munir l'accusé d'un certificat dont la simple production lui permet de s'innocenter.

Les mesures adoptées à la partie II.1 du *Code criminel* ont été soigneusement conçues de manière à équilibrer l'intérêt collectif et l'intérêt de ceux qui désirent posséder des armes légalement, et ces mesures sont manifestement appropriées aux objectifs visés. Il n'y a qu'une atteinte minime aux droits des particuliers qui possèdent des armes. Du point de vue pratique, leurs droits sont restreints le moins possible. Même à supposer qu'il soit vrai que le ministère public, en se servant d'ordinateurs

modern technology, could easily negate the fact of the existence of a permit, Parliament has made a reasonable choice in the matter and, in my view, it is not for the Court, in circumstances where the impugned statutory provision clearly involves, at most, minimal — or even trivial—interference with the right guaranteed in the *Charter*, to postulate some alternative which in its view would offer a better solution to the problem, for to do so is to enter the legislative field, so far at least not entirely removed from Parliament. I would therefore hold that any limits imposed by s. 106.7(1) of the *Criminal Code* are sustainable under s. 1 of the *Charter*.

A constitutional question was posed in these terms:

Is section 106.7(1) of the *Criminal Code* of Canada constitutionally invalid in that it contravenes the provisions of s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

I would answer the question in the negative, dismiss the appeal and restore the conviction.

The following are the reasons delivered by

LAMER J. (dissenting)—I agree with the Chief Justice in all regards except for the objective he assigns to s. 106.7(1) when under the s. 1 scrutiny he takes the section through the *Oakes* test. While I certainly do agree with him that “to discourage the use of firearms by the criminal element of our society” is an objective which “relate(s) to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society”, and that such an objective “satisfi[es] the first stage of the approach to s. 1 set out in *Oakes*”, I am, with respect, of the view that is the object the attainment of which is sought through making it an offence to possess unregistered restricted weapons, under s. 89(1) and the various other sections restricting or prohibiting possession or use of different types of weapons.

et de la technologie moderne, puisse facilement démontrer l’inexistence d’un permis, le législateur a fait un choix raisonnable à cet égard et, selon moi, il n’appartient pas à la Cour, dans des circonstances où, à l’évidence, la disposition législative attaquée constitue une atteinte tout au plus minimale, voire insignifiante, au droit garanti par la *Charte*, de formuler une autre possibilité qui, à son avis, offrirait une meilleure solution au problème, car ce serait empiéter sur le domaine législatif, lequel, du moins jusqu’à présent, n’a pas été entièrement soustrait à la compétence du législateur. Je conclus en conséquence que toute restriction imposée par le par. 106.7(1) du *Code criminel* est justifiable en vertu de l’article premier de la *Charte*.

En l’espèce, la question constitutionnelle suivante a été posée:

Le paragraphe 106.7(1) du *Code criminel* du Canada est-il inconstitutionnel parce qu’il enfreint les dispositions de l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Je suis d’avis de donner une réponse négative à cette question, de rejeter le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER (dissident)—Je souscris entièrement aux motifs du Juge en chef sauf en ce qui a trait à l’objectif qu’il attribue au par. 106.7(1) quand, aux fins de l’analyse en vertu de l’article premier, il lui applique le test de l’arrêt *Oakes*. Bien qu’assurément je convienne avec lui que «dissuader les criminels de la société d’utiliser des armes à feu» constitue un objectif qui «se rapporte à des préoccupations sociales, urgentes et réelles dans une société libre et démocratique» et qu’un tel objectif «satisf[ait] au premier volet de l’analyse en vertu de l’article premier énoncé dans l’arrêt *Oakes*», avec égards, je suis d’avis que c’est plutôt le par. 89(1) et les divers autres articles restreignant ou interdisant la possession ou l’utilisation de différents types d’armes qui visent à atteindre cet objectif en créant l’infraction de possession d’une arme à autorisation restreinte non enregistrée.

Section 106.7(1) is not particular nor essential to weapons legislation. It is a purely evidentiary section which could be appended or directed to any number of laws requiring the licensing of persons or the registration of certain things, such as in this case guns, but also automobiles under provincial legislation, dogs under municipal by-laws, to name but a few. The objective of a section such as s. 106.7(1) is to relieve the prosecution of the inconvenience—a slight one in these days of computers and of instant communication facilities—of securing a certificate from the appropriate authority attesting to the absence of any record establishing registration. It is in no way part of the arsenal in the war against crime involving weapons. Its sole purpose is administrative convenience. When the cost of this convenience is the restriction of an accused's rights under s. 11(d) in the context of the prosecution of a *Criminal Code* offence, it is clearly not an objective of sufficient importance to warrant overriding such a right. This to me ends the s. 1 enquiry.

Before concluding, I should add that this is not to say that, in a setting where imprisonment is not available as a penalty and where conviction does not carry the stigma of a criminal record, administrative convenience could not prevail over the rights of the citizen. But this is not the case here.

Subject to these remarks, I concur in the reasons of the Chief Justice and in his disposition of this appeal.

Appeal dismissed, DICKSON C.J. and LAMER J. dissenting. The constitutional question should be answered in the negative.

Solicitors for the appellant: Gindin, Soronow, Malamud & Gutkin, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

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

Le paragraphe 106.7(1) n'est ni spécifique ni essentiel à la législation en matière d'armes. Il s'agit purement d'un paragraphe sur la présentation de la preuve qui pourrait être annexé ou ajouté à un certain nombre de lois exigeant l'attribution de permis à des personnes ou l'enregistrement de certaines choses, comme en l'espèce, les armes à feu, mais également des automobiles aux termes de la législation provinciale, des chiens aux termes des règlements municipaux, pour n'en nommer que quelques-unes. L'objectif d'un paragraphe comme le par. 106.7(1) est de dégager la poursuite de l'inconvénient—qui est mince en cette époque de l'informatique et des communications instantanées—d'avoir à obtenir un certificat de l'administration concernée attestant l'absence de tout dossier établissant l'enregistrement. Ce paragraphe ne fait nullement partie de l'arsenal déployé dans la guerre contre les crimes commis avec des armes. Il n'a qu'un but de commodité administrative. Lorsque le coût de cette commodité est la restriction des droits d'un accusé que garantit l'al. 11d) dans le contexte d'un procès pour une infraction prévue dans le *Code criminel*, il ne s'agit de toute évidence pas d'un objectif suffisamment important pour justifier une atteinte à un tel droit. À mon avis, cet argument met fin à l'enquête en vertu de l'article premier.

Avant de conclure, il convient d'ajouter que cela ne veut pas dire que, dans un cas où il n'y a pas de peine d'emprisonnement et où la déclaration de culpabilité n'entraîne pas les stigmates d'un casier judiciaire, la commodité administrative ne pourrait pas prévaloir sur les droits du citoyen. Toutefois, ce n'est pas le cas en l'espèce.

Sous réserve de ces remarques, je souscris aux motifs du Juge en chef et à sa décision dans le présent pourvoi.

Pourvoi rejeté, le juge en chef DICKSON et le juge LAMER sont dissidents. La question constitutionnelle reçoit une réponse négative.

Procureurs de l'appellant: Gindin, Soronow, Malamud & Gutkin, Winnipeg.

Procureur de l'intimée: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

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

Laura Mary Simmons *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General for Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. SIMMONS

File No.: 18767.

1988: January 28; 1988: December 8.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Customs searches — Narcotics found on accused following strip search conducted by customs officers — Whether accused detained and having right to counsel under s. 10(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether right to counsel was subject to a reasonable limit prescribed by law justifiable under s. 1 of the Charter — Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, ss. 143, 144.

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Customs searches — Whether the personal search provisions in the Customs Act inconsistent with s. 8 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether right against unreasonable search and seizure was subject to a reasonable limit prescribed by law justifiable under s. 1 of the Charter — Whether search conducted in a reasonable manner — Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, ss. 143, 144.

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Narcotics found on accused following strip search conducted by customs officers — Accused's right to counsel infringed — Whether admission of evidence of narcotics would bring the administration of

* Estey and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

Laura Mary Simmons *Appelante*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

^a

et

Le procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. SIMMONS

^b

N° du greffe: 18767.

1988: 28 janvier; 1988: 8 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

^d *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Fouilles aux douanes — Découverte de stupéfiants sur la personne de l'accusée à la suite d'une fouille à nu effectuée par des agents des douanes — L'accusée a-t-elle été détenue et avait-elle droit à l'assistance d'un avocat en vertu de l'art. 10b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, le droit à l'assistance d'un avocat était-il restreint par une règle de droit dans des limites raisonnables dont la justification pouvait se démontrer conformément à l'article premier de la Charte? — Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40, art. 143, 144.*

^e *Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille et saisie abusives — Fouilles aux douanes — Les dispositions de la Loi sur les douanes relatives aux fouilles personnelles sont-elles incompatibles avec l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives était-il restreint par une règle de droit dans des limites raisonnables dont la justification pouvait se démontrer conformément à l'article premier de la Charte? — La fouille a-t-elle été effectuée de manière raisonnable? — Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40, art. 143, 144.*

^h *Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Découverte de stupéfiants sur la personne de l'accusée à la suite d'une fouille à nu effectuée par des agents des douanes — Violation du droit que possédait l'accusée de recourir à l'assistance*

* Les juges Estey et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

Customs and excise — Customs searches — Narcotics found on accused following strip search conducted by customs officers — Whether the personal search provisions in the Customs Act inconsistent with s. 8 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, ss. 143, 144.

Evidence — Admissibility — Bringing administration of justice into disrepute — Narcotics found on accused following strip search conducted by customs officers — Accused's right to counsel infringed — Whether admission of evidence of narcotics would bring the administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

Appellant, on entering Canada, proceeded to the primary customs inspection where she was routinely questioned by a customs officer. The officer found her to be overly nervous and referred her for a secondary inspection. The secondary inspector was also suspicious of the appellant and obtained permission from the Customs Superintendent to search her. Her suspicions were based on the primary inspector's doubts about the appellant, her dissatisfaction with her identification, and on her observation that the appellant, although otherwise very slender, was slightly heavy and bulging in the area of her upper abdomen. Appellant was taken into a search room and shown a sign on the wall which set out ss. 143 and 144 of the *Customs Act*. These sections provided the authority for conducting personal searches. The inspector, accompanied by an other female customs officer, told the appellant to undress. Appellant complied and removed some of her clothes, revealing white adhesive bandages around her midriff. Concealed in the bandages were plastic bags containing cannabis resin. The appellant was then arrested and informed of her right to retain and instruct counsel.

At trial, the judge held that the appellant had been detained from the moment she was taken into the search room and, because she had not been informed of her

d'un avocat — L'utilisation en preuve des stupéfiants serait-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

a Douanes et accise — Fouilles aux douanes — Découverte de stupéfiants sur la personne de l'accusée à la suite d'une fouille à nu effectuée par des agents des douanes — Les dispositions de la Loi sur les douanes relatives aux fouilles personnelles sont-elles incompatibles avec l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40, art. 143, 144.

c Preuve — Admissibilité — Déconsidération de l'administration de la justice — Découverte de stupéfiants sur la personne de l'accusée à la suite d'une fouille à nu effectuée par des agents des douanes — Violation du droit que possédait l'accusée de recourir à l'assistance d'un avocat — L'utilisation en preuve des stupéfiants serait-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

L'appelante, à son arrivée au Canada, s'est présentée à l'inspection primaire des douanes où un agent des douanes lui a posé des questions de routine. L'agent l'a trouvée excessivement nerveuse et il l'a envoyée subir une inspection secondaire. La préposée à l'inspection secondaire a elle aussi eu des soupçons à l'égard de l'appelante et elle a obtenu du surintendant des douanes l'autorisation de la fouiller. Ses soupçons étaient fondés sur les doutes qu'avait eus le préposé à l'inspection primaire au sujet de l'appelante, sur le défaut de l'appelante de s'identifier de façon satisfaisante et sur le fait que la préposée à l'inspection secondaire avait observé que l'appelante, par ailleurs très mince, était un peu forte et bombée dans la partie supérieure de l'abdomen. L'appelante a été conduite dans une salle destinée aux fouilles et on lui a montré une affiche fixée au mur sur laquelle figurait le texte des art. 143 et 144 de la *Loi sur les douanes*, qui conféraient le pouvoir d'effectuer des fouilles personnelles. La préposée à l'inspection secondaire, accompagnée d'un autre agent des douanes féminin, a ordonné à l'appelante de se dévêtir. L'appelante a obtempéré en enlevant certains de ses vêtements, ce qui a permis de constater la présence de bandes adhésives à la hauteur de son estomac. On a découvert, cachés derrière ces bandes, des sacs de plastique contenant de la résine de cannabis. L'appelante a alors été arrêtée et informée de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

Au procès, le juge a conclu que l'appelante avait été détenue à partir du moment où elle avait été conduite dans la salle des fouilles et que, parce qu'elle n'avait pas

right to retain and instruct counsel before the search, her right under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been violated. The trial judge then excluded the evidence under s. 24(2) of the *Charter*, holding that its admission into the proceedings would bring the administration of justice into disrepute. As a result, he acquitted the appellant. The Court of Appeal set aside appellant's acquittal and ordered a new trial. This appeal is to determine whether the appellant's rights under ss. 10(b) and 8 of the *Charter* were violated when she was subjected to a strip search at customs; and, if so, whether evidence of narcotics obtained as a result of the search should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Beetz, Lamer and La Forest JJ.: Appellant was detained within the meaning of s. 10 of the *Charter* when she was required, pursuant to s. 143 of the *Customs Act*, to undergo a strip search at customs and she should have been informed of her right to retain and instruct counsel at that time. This result is consistent with both the meaning given to detention in common parlance and with the definition set out in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613. At the time of the search, appellant was clearly subject to external restraint. The customs officer had assumed control over her movements by a demand which had significant legal consequences. Appellant could not refuse to be searched and leave. Section 203 of the *Customs Act* makes it an offence to obstruct or to offer resistance to any personal search authorized by the *Customs Act*.

Sections 143 and 144 of the *Customs Act* do not infringe the right to be secure against unreasonable search and seizure enshrined in s. 8 of the *Charter*. It is true that these sections do not meet the safeguards articulated in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, but these standards do not apply to customs searches. The degree of personal privacy reasonably expected at customs is lower than in most other situations. Sovereign states have the right to control both who and what enters their boundaries. Consequently, travellers seeking to cross national boundaries fully expect to be subject to a screening process. Physical searches of luggage and of the person are accepted aspects of the search process where there are grounds for suspecting that a person has made a false declaration

été informée de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat avant que la fouille ne soit pratiquée, il y avait eu violation du droit que lui conférerait l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge du procès a, conformément au par. 24(2) de la *Charte*, écarté les éléments de preuve recueillis pour le motif que leur utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. En conséquence, le juge a acquitté l'appelante. La Cour d'appel a annulé l'acquittement de l'appelante et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le présent pourvoi vise à déterminer si les droits garantis à l'appelante par l'al. 10b) et l'art. 8 de la *Charte* ont été violés lorsqu'elle a été soumise à une fouille à nu aux douanes et, dans l'affirmative, si les éléments de preuve constitués des stupéfiants obtenus par suite de cette fouille devraient être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Lamer et La Forest: L'appelante a été détenue au sens de l'art. 10 de la *Charte* lorsqu'elle a été contrainte, conformément à l'art. 143 de la *Loi sur les douanes*, de subir une fouille à nu aux douanes, et elle aurait alors dû être informée de son droit de recourir à l'assistance d'un avocat. Cette conclusion est compatible à la fois avec le sens donné au mot «détention» dans la langue populaire et avec la définition énoncée dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613. Au moment de la fouille, l'appelante était nettement assujettie à une contrainte extérieure. L'agent des douanes avait restreint sa liberté d'action au moyen d'une sommation qui entraînait des conséquences sérieuses sur le plan juridique. L'appelante n'était pas en mesure de refuser d'être fouillée, et de partir. Aux termes de l'art. 203 de la *Loi sur les douanes*, constitue une infraction le fait de résister aux perquisitions sur la personne autorisées par la *Loi sur les douanes*.

Les articles 143 et 144 de la *Loi sur les douanes* ne violent pas le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives enchâssé à l'art. 8 de la *Charte*. Il est vrai que ces articles ne respectent pas les garanties énoncées dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, mais ces normes ne s'appliquent pas aux fouilles effectuées aux douanes. Les attentes raisonnables en matière de vie privée sont moindres aux douanes que dans la plupart des autres situations. Les États souverains ont le droit de contrôler à la fois les personnes et les effets qui entrent dans leur territoire. Par conséquent, les voyageurs qui cherchent à traverser des frontières internationales s'attendent parfaitement à faire l'objet d'un processus d'examen. L'examen des bagages et des personnes est un aspect accepté du

and is transporting prohibited goods. Under sections 143 and 144 of the *Customs Act*, searches of the person are performed only after customs officers have formed reasonable grounds for supposing that a person has contraband secreted about his or her body. The decision to search is subject to review at the request of the person to be searched. The searches are conducted in private rooms by officers of the same sex. In these conditions, requiring a person to remove pieces of clothing until such time as the presence or absence of concealed goods can be ascertained is not so highly invasive of an individual's bodily integrity to be considered unreasonable under s. 8 of the *Charter*.

The search itself, however, was not conducted in a reasonable manner. The denial of the right to counsel in this case in conjunction with the absence of any explanation to the appellant of her rights under the *Customs Act* rendered the search unreasonable. The customs officers did not read the text of the personal search provisions to the appellant but simply pointed to a sign on the wall containing the text of ss. 143 and 144. There is no evidence that the appellant read the provisions—much less understood them—and that she knew of her right, under s. 144, to demand a second authorization. It is clear that the violation of the right to counsel deprived the appellant of her ability to exercise a legal right provided in the *Customs Act*. A search that might not have been conducted had the appellant had the benefit of legal advice was performed in circumstances in which the appellant was ignorant of her legal position. The violation of the right to counsel combined with the statutory right of prior authorization rendered the performance of the search unreasonable.

The violations of appellant's rights under ss. 10(b) and 8 of the *Charter* could not be justified under s. 1 of the *Charter*. The violations of the appellant's right to counsel and of her right to be secure against unreasonable search and seizure resulted from the actions of customs officials. It was not a limitation imposed by law.

Although the breaches of the appellant's ss. 10(b) and 8 rights was not trivial, the admission of the evidence in question would not bring the administration of justice into disrepute. There were ample facts to support the

processus de fouille lorsqu'il existe des motifs de soupçonner qu'une personne a fait une fausse déclaration et transporte avec elle des effets prohibés. En vertu des art. 143 et 144 de la *Loi sur les douanes*, les fouilles personnelles sont effectuées seulement lorsque les agents des douanes ont raisonnablement lieu de supposer qu'une personne cache sur elle de la contrebande. La décision de procéder à une fouille peut faire l'objet d'une révision à la demande de la personne qui doit être fouillée. Les fouilles sont effectuées en privé dans des pièces destinées à cette fin, par des agents du même sexe que la personne fouillée. Dans ces conditions, exiger d'une personne qu'elle retire des vêtements jusqu'à ce que la présence ou l'absence d'objets cachés puisse être établie, ce n'est pas attenter à son intégrité physique d'une façon qui puisse être considérée abusive en vertu de l'art. 8 de la *Charte*.

Cependant, la fouille ne s'est pas effectuée de manière raisonnable. La négation du droit à l'assistance d'un avocat en l'espèce, conjuguée à l'omission d'expliquer à l'appelante ses droits en vertu de la *Loi sur les douanes*, a rendu la fouille abusive. Les agents des douanes n'ont pas lu à l'appelante les dispositions relatives aux fouilles personnelles, mais ils lui ont simplement indiqué la présence sur le mur d'une affiche sur laquelle figurait le texte des art. 143 et 144. Il n'y a aucune preuve que l'appelante a lu ces dispositions et, encore moins, qu'elle les a comprises, ni aucune preuve qu'elle était au courant du droit, que lui conférait l'art. 144, d'exiger une seconde autorisation. Il est clair que la violation du droit à l'assistance d'un avocat a empêché l'appelante d'exercer un droit conféré par la *Loi sur les douanes*. Une fouille, qui n'aurait peut-être pas eu lieu si l'appelante avait bénéficié des conseils d'un avocat, a été effectuée dans des circonstances où l'appelante ne connaissait pas ses droits. La violation du droit à l'assistance d'un avocat, conjuguée au droit conféré par la *Loi* d'exiger une autorisation préalable, a rendu l'exécution de la fouille abusive.

Les violations des droits garantis à l'appelante par l'al. 10b) et l'art. 8 de la *Charte* ne pouvaient être justifiées au sens de l'article premier de la *Charte*. Les violations du droit de l'appelante d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et de son droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ont découlé des actes posés par les agents des douanes. Il ne s'agissait pas d'une limite prescrite par une règle de droit.

Bien que les violations des droits conférés à l'appelante par l'al. 10b) et l'art. 8 n'aient pas été anodines, l'utilisation de la preuve en question ne serait pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Il

customs officer's suspicion that the appellant was concealing something on her body for the purpose of bringing it into Canada illegally. The evidence obtained as a result of the strip search was real evidence that existed irrespective of the *Charter* violations and its admission into evidence would not tend to affect adversely the fairness of the trial process. The customs officers acted in good faith based on accepted customs procedures. There was nothing deliberate or blatant in the denial of the appellant's rights. There was nothing to indicate that the customs officers treated the appellant in a discourteous fashion. Finally, this Court has previously held that the constitutional invalidity of a search power does not render evidence inadmissible if the officers conducting the search have relied in good faith on the constitutionality of the provision. In this instance, the customs officials acted in accordance with the existing statutory requirements at the time of the search. Under these circumstances, it is the exclusion of the evidence that would bring the administration of justice into disrepute.

Per Wilson J.: The constitutionality of appellant's strip search cannot be determined solely on the basis of whether there has been compliance with ss. 143 and 144 of the *Customs Act*. These statutory provisions must be read in accord with the obligation under s. 10(b) of the *Charter* to inform those who are detained of their right to retain and instruct counsel and to respect that right. Any limit on the constitutionally guaranteed right to counsel, if it is to be valid under s. 1 of the *Charter*, has to be "prescribed by law". Sections 143 and 144 have to be examined to see whether a limit is provided for expressly or by necessary implication or through the operating requirements of the sections: see *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, and *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640. There is nothing in ss. 143 and 144 which is incompatible with the right to counsel, nor do their operating requirements preclude such a right. Therefore, the violation of appellant's s. 10(b) rights prior to the search renders the search unconstitutional given the complete compatibility of the authorizing statutory search provisions with the right to retain and instruct counsel without delay which is guaranteed in the Constitution. An unconstitutional search cannot be a reasonable one.

Although the unconstitutionality of the search renders the search *per se* unreasonable, the manner in which the search was conducted in this case was also unreasonable in light of the values and purposes protected by s. 8 of

existait de nombreux faits justifiant l'agent des douanes de soupçonner que l'appelante cachait quelque chose sur elle dans le but de l'importer illégalement au Canada. La preuve obtenue par suite de la fouille à nu était une preuve matérielle qui existait indépendamment des violations de la *Charte* et son utilisation n'aurait pas tendance à compromettre le caractère équitable du procès. Les agents des douanes ont agi de bonne foi, conformément à des formalités douanières acceptées. La négation des droits de l'appelante n'avait rien de délibéré ni de flagrant. Rien n'indique que les agents des douanes ont manqué de courtoisie envers l'appelante. Enfin, cette Cour a déjà décidé que l'inconstitutionnalité d'un mandat de perquisition ne rend pas la preuve inadmissible si les agents de la paix qui ont procédé à la perquisition se sont fondés de bonne foi sur la constitutionnalité de la disposition qui les habilitait à agir. En l'espèce, les agents des douanes agissaient conformément à des exigences légales existant à l'époque de la fouille. Dans ces circonstances, c'est l'exclusion de la preuve qui aurait tendance à déconsidérer l'administration de la justice.

Le juge Wilson: La constitutionnalité de la fouille à nu de l'appelante ne saurait être établie uniquement en fonction du respect des art. 143 et 144 de la *Loi sur les douanes*. Ces dispositions doivent être rapprochées de l'obligation qu'impose l'al. 10b) de la *Charte* d'informer les personnes détenues de leur droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et de respecter ce droit. Pour être valide en vertu de l'article premier de la *Charte*, toute restriction du droit à l'assistance d'un avocat, garanti par la Constitution, doit être prescrite «par une règle de droit». Les articles 143 et 144 doivent être examinés pour voir si une restriction est prévue expressément ou si elle découle nécessairement des termes de ces articles ou de leurs conditions d'application: voir les arrêts *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, et *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640. Il n'y a rien dans les art. 143 et 144 qui soit incompatible avec le droit à l'assistance d'un avocat, pas plus que leurs conditions d'application n'empêchent l'exercice de ce droit. Par conséquent, la violation des droits garantis à l'appelante par l'al. 10b), commise avant la fouille, rend cette fouille inconstitutionnelle étant donné que les dispositions législatives autorisant la fouille sont parfaitement compatibles avec le droit, garanti par la Constitution, d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Une fouille ou perquisition inconstitutionnelle ne peut être qu'abusive.

Quoique l'inconstitutionnalité de la fouille la rende abusive en soi, la manière dont elle a été effectuée en l'espèce était également abusive compte tenu des valeurs et des fins protégées par l'art. 8 de la *Charte*. Il est

the *Charter*. It is unreasonable for a detained person to be simply directed to a sign on the wall of a search room setting out the legal provisions which authorize the search of his person. It is therefore not surprising that there is no indication that the appellant even read ss. 143 and 144 of the *Customs Act*, let alone exercised the legal options and rights conferred in those provisions. A person who is detained and about to be searched can hardly be expected to be his own lawyer. The right to counsel is the citizen's guarantee that his other rights will be respected. It prevents him from being overborne by the greater power of the state.

Per McIntyre and L'Heureux-Dubé JJ.: Appellant was not detained within the meaning of s. 10(b) of the *Charter* when she was subjected to a strip search at customs pursuant to s. 143 of the *Customs Act*. The definition of detention in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, does not go as far as to cover a search by a customs officer who carries out the routine procedures in order to control the illegal importation of goods and substances across the border. Persons entering Canada, whether or not they are citizens, are placed in a unique legal situation at the point at which they enter the country. They expect to submit to a certain degree of inspection of their baggage, and in some cases, their person. Their situation is distinguishable from one where an individual is stopped or detained in the course of his activities within Canada. It is incidents of this latter nature to which the definition in *Therens* was meant to apply.

The purpose of s. 10(b) of the *Charter* gives also a clear indication that the provision does not apply to a border search. The purpose of the right to counsel is to ensure that the individual is treated fairly in the criminal process and, in particular, to prevent the individual from incriminating himself. In a border search the issue is not one of self-incrimination. A search at the border is part of the process of entering the country and is not part of the criminal process. The right to counsel will arise only where a searched person is placed under custody as part of the criminal process. This does not mean, however, that no right to counsel can ever arise in searches which occur at ports of entry. Where the purpose of the detention, interrogation, or search arises in criminal proceedings, as distinct from those concerning entry into the country, the *Charter* protection against unreasonable search and seizure and the right to counsel will apply.

abusif de se contenter d'indiquer à un individu détenu la présence, sur un mur de la salle où l'on effectue la fouille, d'une affiche sur laquelle sont inscrites les dispositions législatives qui autorisent la fouille de sa personne. Il n'est donc pas surprenant que rien ne porte à croire que l'appelante ait seulement lu le texte des art. 143 et 144 de la *Loi sur les douanes* et, encore moins, qu'elle ait exercé les options et les droits conférés par ces dispositions. On ne peut guère s'attendre à ce qu'une personne détenue qu'on s'apprête à fouiller se fasse son propre avocat. Le droit à l'assistance d'un avocat constitue, pour le citoyen, la garantie que ses autres droits seront respectés. Il l'empêche d'être écrasé par le pouvoir plus grand de l'État.

Les juges McIntyre et L'Heureux-Dubé: L'appelante n'a pas été détenue au sens de l'al. 10b) de la *Charte* quand elle a été soumise à une fouille à nu aux douanes, conformément à l'art. 143 de la *Loi sur les douanes*. La définition de la détention, donnée dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, ne va pas jusqu'à s'appliquer aux fouilles effectuées par un agent des douanes qui procède aux formalités habituelles afin d'empêcher l'importation illégale de marchandises et de substances au Canada. Les personnes qui entrent au Canada, qu'il s'agisse ou non de citoyens, sont placées dans une situation juridique unique à leur point d'entrée au pays. Elles s'attendent à faire l'objet d'un examen plus ou moins poussé de leurs bagages et, dans certains cas, de leur personne. Cette situation se distingue de celle où une personne est retenue ou détenue dans le cours de ses activités en territoire canadien. C'est à ce dernier genre d'incidents que la définition donnée dans l'arrêt *Therens* était destinée à s'appliquer.

L'objectif de l'al. 10b) de la *Charte* indique aussi clairement que cette disposition ne s'applique pas aux fouilles effectuées à la frontière. Le droit à l'assistance d'un avocat a pour objet d'assurer que le justiciable est traité équitablement dans les procédures criminelles et, en particulier, de l'empêcher de s'incriminer. En matière de fouilles à la frontière, la question qui se pose n'en est pas une d'auto-incrimination. Une fouille effectuée à la frontière fait partie non pas du processus criminel, mais plutôt des formalités d'entrée au pays. Cela ne veut pas dire, cependant, que le droit à l'assistance d'un avocat ne peut jamais exister dans le cas d'une fouille effectuée à un point d'entrée au pays. La protection assurée par la *Charte* contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives et le droit à l'assistance d'un avocat s'appliqueront si l'objet de la détention, de l'interrogatoire ou de la fouille ou perquisition se situe dans le cadre de procédures criminelles, par opposition aux formalités d'entrée au pays.

Finally, considering this unique situation and the state interest in preventing the entry of undesirable persons or goods, customs searches pursuant to ss. 143 and 144 of the *Customs Act* are reasonable and do not therefore infringe s. 8 of the *Charter*. The search itself was conducted in a reasonable manner. Appellant, who was not detained within the meaning of s. 10(b) of the *Charter*, was sufficiently informed of her right to appeal the search to a higher customs authority when she was shown the text of ss. 143 and 144 of the *Customs Act*.

Finalement, étant donné cette situation unique et l'intérêt qu'a l'État à empêcher que ne pénétrant dans son territoire des personnes et des effets indésirables, les fouilles aux douanes effectuées conformément aux art. 143 et 144 de la *Loi sur les douanes* sont raisonnables et ne violent donc pas l'art. 8 de la *Charte*. La fouille elle-même a été effectuée de manière raisonnable. L'appelante, qui n'était pas détenue aux sens de l'al. 10b) de la *Charte*, a été suffisamment informée de son droit d'en appeler de la fouille auprès d'autorités douanières supérieures, lorsqu'on lui a indiqué le texte des art. 143 et 144 de la *Loi sur les douanes*.

Cases Cited

By Dickson C.J.

Applied: *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; **distinguished:** *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; **referred to:** *Chromiak v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 471; *United States v. Ramsey*, 431 U.S. 606 (1977); *Carroll v. United States*, 267 U.S. 132 (1925); *United States v. Lincoln*, 494 F.2d 833 (1974); *United States v. Chavarria*, 493 F.2d 935 (1974); *United States v. King*, 485 F.2d 353 (1973); *United States v. Beck*, 483 F.2d 203 (1973); *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Rodenbush and Rodenbush* (1985), 21 C.C.C. (3d) 423; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548, aff'g (1986), 30 C.C.C. (3d) 9 (B.C.C.A.), rev'g B.C. Prov. Ct. (Vancouver), October 25, 1985; *R. v. Gladstone* (1985), 22 C.C.C. (3d) 151; *R. v. Jordan* (1984), 11 C.C.C. (3d) 565; *R. v. Jagodic and Vajagic* (1985), 19 C.C.C. (3d) 305; *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914); *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961); *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *United States v. Guadalupe-Garza*, 421 F.2d 876 (1970); *R. v. Dumas* (1985), 23 C.C.C. (3d) 366; *R. v. Sieben*, [1987] 1 S.C.R. 295; *R. v. Hamill*, [1987] 1 S.C.R. 301.

By Wilson J.

Referred to: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640.

By L'Heureux-Dubé J.

Distinguished: *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; **approved:** *United States v. Ramsey*, 431 U.S. 606 (1977); *Carroll v. United States*, 267 U.S. 132 (1925); **referred to:** *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383.

Jurisprudence

^c Citée par le juge en chef Dickson

Arrêts appliqués: *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; **distinction d'avec l'arrêt:** *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; **arrêts mentionnés:** *Chromiak c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 471; *United States v. Ramsey*, 431 U.S. 606 (1977); *Carroll v. United States*, 267 U.S. 132 (1925); *United States v. Lincoln*, 494 F.2d 833 (1974); *United States v. Chavarria*, 493 F.2d 935 (1974); *United States v. King*, 485 F.2d 353 (1973); *United States v. Beck*, 483 F.2d 203 (1973); *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. v. Rodenbush and Rodenbush* (1985), 21 C.C.C. (3d) 423; *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548, conf. (1986), 30 C.C.C. (3d) 9 (C.A.C.-B.), inf. C. prov. C.-B. (Vancouver), 25 octobre 1985; *R. v. Gladstone* (1985), 22 C.C.C. (3d) 151; *R. v. Jordan* (1984), 11 C.C.C. (3d) 565; *R. v. Jagodic and Vajagic* (1985), 19 C.C.C. (3d) 305; *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914); *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961); *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *United States v. Guadalupe-Garza*, 421 F.2d 876 (1970); *R. v. Dumas* (1985), 23 C.C.C. (3d) 366; *R. c. Sieben*, [1987] 1 R.C.S. 295; *R. c. Hamill*, [1987] 1 R.C.S. 301.

^h Citée par le juge Wilson

Arrêts mentionnés: *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640.

ⁱ Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Distinction d'avec l'arrêt: *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; **arrêts approuvés:** *United States v. Ramsey*, 431 U.S. 606 (1977); *Carroll v. United States*, 267 U.S. 132 (1925); **arrêt mentionné:** *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the Customs, S.C. 1867, c. 6.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8, 10(b), 24(2).
Constitution Act, 1982, s. 52.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 618(2)(a) [rep. & subs. 1974-75-76, c. 105, s. 18(2)].
Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, ss. 143, 144, 203.
Customs Act, S.C. 1986, c. 1, s. 98.
Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 4(2), 5(1).

Authors Cited

LaFave, Wayne R. *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, 2nd ed., vol. 3. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1987.
 Michalyshyn, Peter B. "The Charter Right to Counsel: Beyond *Miranda*" (1987), 25 *Alta. L. Rev.* 190.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1984), 45 O.R. (2d) 609, 3 O.A.C. 1, 7 D.L.R. (4th) 719, 11 C.C.C. (3d) 193, 7 C.E.R. 159, setting aside appellant's acquittal on charges of importing narcotics and possession of narcotics for the purpose of trafficking (1983), 5 C.E.R. 396 and ordering a new trial. Appeal dismissed.

C. Jane Arnup, for the appellant.

J. E. Thompson et *J. W. Leising*, for the respondent.

Casey Hill, for the intervener.

The judgment of Dickson C.J. and Beetz, Lamer and La Forest JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The appellant, Laura Mary Simmons, was indicted on two drug counts: (i) that she unlawfully "did, at the City of Mississauga, in the Judicial District of Peel and Province of Ontario, on or about the 14th day of November in the year 1982, import into Canada a Narcotic, to wit: *Cannabis sativa*, its preparations, derivatives and similar synthetic preparations, namely *Cannabis resin*", contrary to s. 5(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, and (ii) that she unlawfully did, at the same place and date, "have in her possession a Narcotic for the purpose

Lois et règlements cités

Acte concernant les Douanes, S.C. 1867, chap. 6.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8, 10b), 24(2).
^a *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 618(2)a) [abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 105, art. 18(2)].
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi sur les douanes, S.C. 1986, chap. 1, art. 98.
Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40, art. 143, 144, 203.
^b *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 4(2), 5(1).

Doctrine citée

^c LaFave, Wayne R. *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, 2nd ed., vol. 3. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1987.
 Michalyshyn, Peter B. «The Charter Right to Counsel: Beyond *Miranda*» (1987), 25 *Alta. L. Rev.* 190.

^d POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1984), 45 O.R. (2d) 609, 3 O.A.C. 1, 7 D.L.R. (4th) 719, 11 C.C.C. (3d) 193, 7 C.E.R. 159, qui a annulé l'acquiescement de l'appelante relativement à des accusations d'importation de stupéfiants et de possession de stupéfiants pour en faire le trafic (1983), 5 C.E.R. 396, et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

^f *C. Jane Arnup*, pour l'appelante.

J. E. Thompson et *J. W. Leising*, pour l'intimée.

^g *Casey Hill*, pour l'intervenant.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Beetz, Lamer et La Forest rendu par

^h LE JUGE EN CHEF—L'appelante, Laura Mary Simmons, a fait l'objet de deux chefs d'accusation en matière de drogue: elle a été inculpée (i) [TRADUCTION] «d'avoir, le 14 novembre 1982 ou vers cette date, dans la ville de Mississauga, située dans le district judiciaire de Peel dans la province d'Ontario, illégalement importé au Canada un stupéfiant, savoir du *cannabis sativa*, ses préparations, ses dérivés et les préparations synthétiques semblables, c'est-à-dire de la résine de cannabis», contrairement au par. 5(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1, et (ii) [TRADUCTION]

of trafficking, to wit: Cannabis sativa, its preparations, derivatives and similar synthetic preparations, namely Cannabis resin”, contrary to s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*. Drugs, contained in a body pack taped to her waist, were found on the person of the appellant by customs officers at Toronto International Airport. The trial judge ruled the evidence of the drugs, seized as a result of a body search, inadmissible, and found the appellant not guilty on both counts in the indictment.

Appellant’s acquittal at trial was reversed on appeal and she has now appealed as of right to this Court, pursuant to s. 618(2)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34.

The principal issues in the case are whether the appellant’s rights under ss. 10(b) and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were violated when she was subjected to a strip search at customs and, if so, whether evidence of narcotics obtained as a result of the search should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. These raise the following subsidiary issues: whether a strip search by customs officers constitutes a “detention” and thus gives rise to the right to retain and instruct counsel and to be informed of that right under s. 10(b) of the *Charter*; whether the personal search provisions (ss. 143 and 144) in the former *Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40, are inconsistent with a person’s right to be secure against unreasonable search and seizure as guaranteed by s. 8 of the *Charter*, and thereby, by reason of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, of no force or effect to the extent of the inconsistency; and whether the violations, if any, of ss. 10(b) or 8 may be justified under s. 1 of the *Charter*.

«d’avoir, au même endroit et à la même date, eu en sa possession un stupéfiant pour en faire le trafic, savoir du *cannabis sativa*, ses préparations, ses dérivés et les préparations synthétiques semblables, c’est-à-dire de la résine de cannabis», contrairement au par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*. Ces drogues, qui étaient contenues dans un paquet attaché à la taille de l’appelante au moyen d’un bandage adhésif, ont été trouvées sur sa personne par des agents des douanes à l’aéroport international de Toronto. Le juge de première instance a décidé que les drogues soumises en preuve, qui avaient été saisies à la suite d’une fouille corporelle, étaient irrecevables, et il a déclaré l’appelante non coupable à l’égard des deux chefs de l’acte d’accusation.

L’acquiescement de l’appelante au procès a été infirmé en appel et elle se pourvoit maintenant de plein droit devant cette Cour, conformément à l’al. 618(2)(a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34.

Les principales questions qui se posent en l’espèce sont de savoir si les droits garantis à l’appelante par l’al. 10b) et l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ont été violés lorsqu’elle a été soumise à une fouille à nu aux douanes et, dans l’affirmative, de savoir si les éléments de preuve constitués des stupéfiants obtenus par suite de cette fouille devraient être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Ces questions soulèvent les questions subsidiaires suivantes: d’abord, une fouille à nu effectuée par des agents des douanes constitue-t-elle une «détention» et donne-t-elle ainsi ouverture au droit d’avoir recours à l’assistance d’un avocat et d’être informé de ce droit, que prévoit l’al. 10b) de la *Charte*? Ensuite, les dispositions relatives aux fouilles personnelles (art. 143 et 144) figurant dans l’ancienne *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, chap. C-40, sont-elles incompatibles avec le droit d’une personne à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives que garantit l’art. 8 de la *Charte* et, en conséquence, inopérantes dans la mesure de cette incompatibilité en raison de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*? Enfin, les violations de l’al. 10b) ou de l’art. 8, s’il en est, peuvent-elles être justifiées en vertu de l’article premier de la *Charte*?

The statutory provisions to which reference is made in the foregoing paragraph read as follows:

Canadian Charter of Rights and Freedoms

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

10. Everyone has the right on arrest or detention

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right;

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

Constitution Act, 1982

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

Customs Act

143. Any officer, or person by him authorized thereunto, may search any person on board any vessel or boat within any port in Canada, or on or in any vessel, boat or vehicle entering Canada by land or inland navigation, or any person who has landed or got out of such vessel, boat or vehicle, or who has come into Canada from a foreign country in any manner or way, if the officer or person so searching has reasonable cause to suppose that the person searched has goods subject to entry at the customs, or prohibited goods, secreted about his person.

144. (1) Before any person can be searched, the person may require the officer to take him before a

Les dispositions législatives mentionnées dans le paragraphe qui précède sont ainsi rédigées:

Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Loi constitutionnelle de 1982

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Loi sur les douanes

143. Un préposé, ou un individu par lui autorisé à cet effet, peut fouiller toute personne à bord d'un navire ou embarcation dans un port quelconque du Canada, ou à bord d'un navire ou embarcation entrant au Canada par voie de navigation intérieure, ou dans un véhicule y entrant par terre, ou toute personne qui est descendue ou sortie de ce navire, embarcation ou véhicule, ou qui est venue de quelque manière ou façon au Canada d'un pays étranger, si le préposé ou l'individu qui opère cette perquisition a raisonnablement lieu de supposer que la personne qui subit la visite peut avoir, cachés sur elle, des effets sujets à déclaration en douane, ou des articles prohibés.

144. (1) Avant qu'une personne puisse être fouillée, elle a la faculté d'exiger que le préposé la conduise

police magistrate or justice of the peace, or before the collector or chief officer at the port or place, who shall, if he sees no reasonable cause for search, discharge the person, but, if otherwise, he shall direct the person to be searched; but where the person is a female she shall be searched by a female, and any such magistrate, justice of the peace or collector may, if there is no female appointed for such purpose, employ and authorize a suitable female person to act in any particular case or cases.

If one traces ss. 143 and 144 as far back as Confederation one will find that the sections contained in the 1867 *Customs Act* (S.C. 1867, c. 6) are virtually the same as those in the 1970 Act. Both permit a search of the person when the customs officer “has reasonable cause to suppose that the person searched” has “prohibited goods, secreted about the person”. In addition, both versions stipulate that a person may request to be brought before a justice of the peace, or before the collector or chief officer of the customs office for a second authorization before the search is performed. The 1970 provision adds a police magistrate to the list of officials who can give a second authorization.

Sections 143 and 144 have since been repealed and replaced by s. 98 of the *Customs Act*, S.C. 1986, c. 1. That section changes the standard of suspicion to “reasonable grounds” and narrows the number of persons, before whom a person about to be searched may be brought, to the senior officer at the place the search is to take place.

I

Facts

The appellant arrived at the Toronto International Airport on the evening of November 14, 1982 on Air Jamaica flight 071 from Jamaica. She proceeded to the primary customs inspection and was asked a series of standard questions by the customs officer. The appellant identified herself as “Maureen Claudia” Simmons, stated that she lived in Montréal, and declared a total of \$25 as the value of all goods she was bringing into the

devant un magistrat de police, ou un juge de paix, ou devant le receveur ou le préposé en chef du port ou lieu. Si l'un ou l'autre des susdits constate qu'il n'y a pas de motifs plausibles de faire des perquisitions, il renvoie cette personne; mais dans le cas contraire, il ordonne qu'elle soit fouillée. Toutefois, si cette personne est une femme, elle est fouillée par une femme, et ce magistrat, juge de paix ou receveur peut, s'il n'y a pas de femme nommée pour cette fin, employer et autoriser une femme propre à agir en tous cas particuliers.

En remontant aussi loin qu'à l'origine de la Confédération, l'on constate que les art. 143 et 144 de la Loi de 1970 et les dispositions équivalentes de l'*Acte concernant les Douanes* de 1867 (S.C. 1867, chap. 6) sont pratiquement les mêmes. Dans les deux cas, il est prévu qu'une personne peut être fouillée s'il y a lieu pour l'agent des douanes de supposer que la personne qui subit la fouille a, cachés sur elle, des articles prohibés. En outre, dans les deux cas, il est prévu qu'une personne peut demander à être conduite devant un juge de paix ou devant le receveur (dans la loi de 1867: «percepteur») ou le préposé en chef (dans la loi de 1867: «principal officier») du bureau de douane afin qu'une seconde autorisation soit donnée avant de procéder à la fouille. La disposition de 1970 ajoute le magistrat de police à la liste des fonctionnaires habilités à donner la seconde autorisation.

Les articles 143 et 144 ont, depuis, été abrogés et remplacés par l'art. 98 de la *Loi sur les douanes*, S.C. 1986, chap. 1. Cet article modifie la norme de soupçons en exigeant que ces derniers soient fondés sur «des motifs raisonnables», et il limite à l'agent principal du lieu de la fouille la personne devant laquelle le voyageur sur le point de subir la fouille peut être conduit.

h

I

Les faits

L'appelante est arrivée à l'aéroport international de Toronto au cours de la soirée du 14 novembre 1982 à bord du vol 071 d'Air Jamaica en provenance de la Jamaïque. Elle s'est présentée à l'inspection primaire des douanes, où un agent des douanes lui a posé les questions usuelles. L'appelante s'est identifiée comme «Maureen Claudia» Simmons; elle a déclaré qu'elle vivait à Montréal et que la valeur totale des effets qu'elle ramenait

country. Finding the appellant to be “overly nervous and jittery and a bit agitated”, the primary customs officer concluded she should be referred for a secondary inspection and gave the appellant an inspection card bearing the number “86”. The number 8 represented the code indicating the traveller should be referred to secondary inspection. The 6 indicated that the primary inspector had doubts about the goods the passenger had declared.

The secondary customs officer, Inspector Kathy Badham, asked the appellant for identification and conducted a search of the appellant’s luggage. The appellant produced a photocopy of her baptismal certificate and stated that the rest of her identification had been stolen in Montréal. The search of the appellant’s luggage did not reveal contraband. At some point during the secondary inspection, the appellant indicated that she was an unemployed, freelance commercial artist. The secondary inspector was suspicious of the appellant and requested permission from the Customs Superintendent to search the appellant’s person. The suspicions were based on the primary inspector’s doubts about the appellant, dissatisfaction with the appellant’s identification, and the secondary inspector’s observation that the appellant, although otherwise very slender, was slightly heavy and bulging in the area of her upper abdomen.

The secondary inspector informed the appellant that she was going to be searched as permitted by the *Customs Act* and together with another female customs officer showed the appellant into a search room located behind the secondary search area. She asked the appellant if she was hiding anything and the appellant responded that she was not. The officer then drew the appellant’s attention to a sign on the wall of the search room which set out ss. 143 and 144 of the *Customs Act* quoted earlier. These sections, the inspector advised the appellant, provided the authority for conducting personal

au pays était de 25 \$. Trouvant l’appelante [TRANSDUCTION] «excessivement nerveuse et craintive et quelque peu agitée», l’agent des douanes préposé à l’inspection primaire a conclu qu’elle devrait être soumise à une inspection secondaire, et il a remis à l’appelante une carte d’inspection portant le numéro «86». Le chiffre 8 était le numéro de code indiquant que le voyageur en question devrait subir une inspection secondaire. Le chiffre 6 indiquait que le préposé à l’inspection primaire entretenait des doutes relativement à la déclaration faite par le passager au sujet des effets rapportés au pays.

L’agent des douanes préposé à l’inspection secondaire, l’inspecteur Kathy Badham, a demandé à l’appelante de s’identifier, après quoi elle a procédé à la fouille de ses bagages. L’appelante lui a remis une photocopie de son baptistaire et a déclaré que ses autres papiers d’identité avaient été volés à Montréal. La fouille des bagages de l’appelante n’a pas permis de découvrir de la contrebande. À un moment donné au cours de l’inspection secondaire, l’appelante a indiqué qu’elle était sans emploi et travaillait à son propre compte comme artiste commerciale. Comme elle avait des soupçons à l’égard de l’appelante, la préposée à l’inspection secondaire a demandé au surintendant des douanes l’autorisation de la fouiller. Ces soupçons étaient fondés sur les doutes qu’avait eus le préposé à l’inspection primaire au sujet de l’appelante, sur le défaut de l’appelante de s’identifier de façon satisfaisante et sur le fait que la préposée à l’inspection secondaire avait observé que l’appelante, par ailleurs très mince, était un peu forte et bombée dans la partie supérieure de l’abdomen.

La préposée à l’inspection secondaire a avisé l’appelante qu’elle serait fouillée ainsi que le permettait la *Loi sur les douanes* et, en compagnie d’un autre agent des douanes féminin, elle a conduit l’appelante dans une salle destinée aux fouilles située à l’arrière de l’aire des fouilles secondaires. Elle a demandé à l’appelante si elle dissimulait quoi que ce soit et celle-ci a répondu qu’elle ne dissimulait rien. L’agent a alors attiré l’attention de l’appelante sur une affiche fixée au mur de la salle des fouilles sur laquelle était inscrit le texte des art. 143 et 144 précités de la *Loi sur les*

searches. There is no indication that the appellant read the provisions.

The secondary inspector told the appellant to undress. The appellant complied, removing her jacket, dress, and blouse. The inspector thought she saw something concealed underneath the appellant's girdle and again asked the appellant if she was hiding anything. Again the appellant responded that she was not. The appellant then removed her girdle, revealing white adhesive bandages around her midriff. When questioned about the bandages, the appellant responded that they were for her back. The inspector asked the appellant to remove the bandages. The appellant replied "is this really necessary?" then complied with the request. Removal of the bandages revealed six plastic bags containing 1.98 kilograms of cannabis resin, otherwise known as hashish oil, with a street value of \$22,000. The appellant was then arrested for importing narcotics and was informed of her right to retain and instruct counsel. She forthwith telephoned counsel.

As Howland C.J.O. noted in the Court of Appeal, by agreement of counsel at trial, evidence was furnished that between April 1, 1982 and March 31, 1983, there were 442 drug seizures at the Toronto International Airport, of which 80 per cent were cannabis seizures from flights originating in Jamaica.

II

The Trial

At trial before Kent Co. Ct. J., the appellant argued that because of the small amount of narcotics involved and the surrounding circumstances of the offence, prosecuting the appellant for importing narcotics and for trafficking rather than lesser charges constituted unfair treatment, violating appellant's rights under ss. 7 and 12 of the *Charter*. The appellant also alleged that searches

douanes. La préposée à l'inspection a avisé l'appelante que ces articles conféraient le pouvoir d'effectuer des fouilles personnelles. Rien n'indique que l'appelante a lu ces dispositions.

^a La préposée à l'inspection secondaire a ordonné à l'appelante de se dévêtir. L'appelante a obtempéré en enlevant sa veste, sa robe et sa blouse. Il a semblé à la préposée à l'inspection que quelque chose se trouvait dissimulé sous la gaine de l'appelante, et elle a demandé à cette dernière si elle cachait quoi que ce soit. L'appelante a de nouveau répondu qu'elle ne dissimulait rien. Elle a alors retiré sa gaine, ce qui a permis de constater la présence de bandes adhésives à la hauteur de son estomac. Interrogée au sujet de ces bandes, l'appelante a répondu les porter en raison de son dos. La préposée à l'inspection a demandé à l'appelante de retirer ces bandes. L'appelante a répondu [TRA-DUCTION] «cela est-il vraiment nécessaire?», après quoi elle a obtempéré. L'enlèvement de ces bandes a permis de découvrir six sacs de plastique contenant 1,98 kilogrammes de résine de cannabis, aussi appelée huile de haschich, d'une valeur de 22 000 \$ sur le marché noir. L'appelante a alors été arrêtée pour importation de stupéfiants et elle a été informée de son droit à l'assistance d'un avocat. Elle a immédiatement téléphoné à un avocat.

^f Comme le juge en chef Howland de l'Ontario l'a fait observer en Cour d'appel, suivant une entente intervenue entre les avocats lors du procès, il a été mis en preuve qu'entre le 1^{er} avril 1982 et le 31 mars 1983, 442 saisies de drogue avaient eu lieu à l'aéroport international de Toronto, dont 80 pour 100 étaient des saisies de cannabis importé à bord de vols en provenance de la Jamaïque.

II

Le procès

ⁱ Lors du procès tenu devant le juge Kent de la Cour de comté, l'appelante a soutenu qu'en raison de la petite quantité de stupéfiants en jeu et des circonstances entourant l'infraction, le fait de la poursuivre pour importation de stupéfiants et pour trafic plutôt que de porter contre elle des accusations moindres constituait un traitement injuste et violait les droits que lui conféraient les art. 7 et 12

made pursuant to s. 143 of the *Customs Act* infringed s. 8 of the *Charter*, that there were no grounds under s. 143 for searching the appellant, that the appellant was arbitrarily detained in violation of s. 9 of the *Charter*, and that because the appellant had not been informed of her right to retain and instruct counsel before she was searched, s. 10(b) of the *Charter* had been infringed.

In a judgment rendered on May 13, 1983, and reported at (1983), 5 C.E.R. 396, Kent Co. Ct. J. found the appellant not guilty of the charges. The judgment was based on the s. 10(b) argument only. It will be recalled that s. 10(b) of the *Charter*, quoted earlier, assures everyone the right "on arrest or detention" to retain and instruct counsel without delay, and to be informed of that right. The judge held that the appellant had been detained from the moment she was taken into the search room for a body search, as she was then subject to compulsory restraint. In coming to this conclusion he emphasized the testimony of the inspector who conducted the search who stated that in her view the appellant had been detained in her custody and was not free to leave the search room. The appellant, the judge felt, should therefore have been informed of her right to retain and instruct counsel before the search was conducted and, as she had not been so informed, her right under s. 10(b) of the *Charter* had been violated.

The trial judge excluded the evidence under s. 24(2) of the *Charter*, holding that in all the circumstances its admission into the proceedings would bring the administration of justice into disrepute. The judge pointed out that if the appellant had been advised of her *Charter* rights before the search, she might well have phoned her lawyer who could have advised her to request that she be brought before a justice of the peace, police magistrate or chief customs officer pursuant to s. 144. In the opinion of the judge this took on particular significance in this case because of the limited evidence in support of the "reasonable cause" for a

de la *Charte*. L'appelante a également prétendu que les fouilles et perquisitions effectuées conformément à l'art. 143 de la *Loi sur les douanes* enfreignaient l'art. 8 de la *Charte*, qu'il n'existait aucun motif au sens de l'art. 143 de la fouiller, qu'elle a été détenue arbitrairement contrairement à l'art. 9 de la *Charte*, et qu'il y a eu violation de l'al. 10b) de la *Charte* puisqu'elle n'a pas été informée de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat avant d'être fouillée.

Dans un jugement rendu le 13 mai 1983, le juge Kent a conclu que l'appelante n'était pas coupable des infractions reprochées: (1983), 5 C.E.R. 396. Ce jugement se fondait uniquement sur l'argument relatif à l'al. 10b). Rappelons que l'al. 10b) de la *Charte*, déjà cité, garantit à chacun le 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. Le juge a conclu que l'appelante avait été détenue à partir du moment où elle avait été conduite dans la salle des fouilles pour y subir une fouille corporelle, étant donné qu'elle se trouvait alors soumise à une contrainte. En arrivant à cette conclusion, il a insisté sur la déposition de la préposée à l'inspection qui a effectué la fouille. Cette dernière a déclaré qu'à son avis l'appelante avait été détenue sous sa garde et n'était pas libre de quitter la salle destinée aux fouilles. Le juge a considéré que l'appelante aurait donc dû être informée de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat avant que la fouille ne soit pratiquée, et que, puisque cela n'avait pas été fait, il y avait eu violation du droit que lui conférait l'al. 10b) de la *Charte*.

Le juge du procès a, conformément au par. 24(2) de la *Charte*, écarté les éléments de preuve recueillis, pour le motif que, eu égard aux circonstances, leur utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Le juge a souligné que, si elle avait été avisée avant la fouille des droits qu'elle détenait en vertu de la *Charte*, l'appelante aurait très bien pu téléphoner à son avocat qui aurait été alors en mesure de lui conseiller de demander à être conduite devant un juge de paix, un magistrat de police ou le préposé en chef des douanes conformément à l'art. 144. De l'avis du juge, cela revêtait une importance parti-

search as required by s. 143 of the *Customs Act*. He concluded therefore that the discovery of the illicit drugs was not inevitable and might not have taken place if the appellant's s. 10(b) rights had not been infringed. He found the appellant not guilty as charged.

The Ontario Court of Appeal

A five member panel of the Ontario Court of Appeal reversed Kent Co. Ct. J.'s decision, Tarnopolsky J.A. dissenting in part: (1984), 7 D.L.R. (4th) 719. Howland C.J.O. for the majority held that the appellant had not been detained when she was subjected to a strip search at the border. In his view, the word "detention" in s. 10 of the *Charter* was to be accorded the meaning given to that word in s. 2(c) of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III, by this Court in *Chromiak v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 471. It should be noted that the Court of Appeal did not have the benefit of this Court's decision in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613. Howland C.J.O. also considered the American jurisprudence on border searches. He noted that American courts have considered border searches to be an exception to the protection against search and seizure embodied in the Fourth Amendment of the Constitution of the United States. Howland C.J.O. shared the view that customs searches constitute a distinct type of state involvement with the individual and for that reason should be regarded differently. He stated at pp. 740-41:

In my opinion, border searches for contraband fall into a very special category. If a person reasonably arouses suspicion by giving the appearance of concealing something on his or her person, then he or she must expect to be asked to remove sufficient clothing to confirm or dispel this suspicion. There is nothing demeaning about such a request. The respondent was only requested to remove such of her clothing as was

culière en l'espèce en raison du caractère limité des éléments de preuve donnant «raisonnablement lieu de supposer» qu'une fouille ou perquisition devait être pratiquée ainsi que l'exigeait l'art. 143 de la *Loi sur les douanes*. Il a donc conclu que la découverte des drogues illégales n'était pas inéluctable et n'aurait peut-être pas eu lieu si les droits conférés à l'appelante par l'al. 10b) avaient été respectés. Il a jugé que l'appelante n'était pas coupable des accusations portées contre elle.

La Cour d'appel de l'Ontario

Une formation de cinq juges de la Cour d'appel de l'Ontario a infirmé la décision du juge Kent, le juge Tarnopolsky étant dissident en partie: (1984), 7 D.L.R. (4th) 719. Le juge en chef Howland de l'Ontario a conclu, au nom de la cour à la majorité, que l'appelante n'était pas détenue lorsqu'elle a été soumise à une fouille à nu à la frontière. À son avis, le mot «détention» figurant à l'art. 10 de la *Charte* devait recevoir le sens que cette Cour lui a donné dans le contexte de l'al. 2c) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III, dans l'arrêt *Chromiak c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 471. Il faudrait noter que la Cour d'appel n'a pas bénéficié de l'arrêt de cette Cour *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613. Le juge en chef Howland a également examiné la jurisprudence américaine relative aux fouilles et perquisitions effectuées à la frontière. Il a noté que les tribunaux américains ont considéré les fouilles et perquisitions effectuées à la frontière comme une exception à la protection contre les perquisitions et saisies enchâssée dans le Quatrième amendement de la Constitution des États-Unis. Le juge en chef Howland a partagé l'opinion voulant que les fouilles effectuées aux douanes constituent un type distinct de rapports entre l'État et le particulier et, pour ce motif, doivent être considérées différemment des autres fouilles. Il a dit, aux pp. 740 et 741:

[TRADUCTION] À mon avis, les fouilles effectuées à la frontière pour trouver de la contrebande relèvent d'une catégorie très particulière. Celui ou celle qui éveille des soupçons raisonnables en donnant l'impression de dissimuler quelque chose sur sa personne doit s'attendre à ce qu'on lui demande de se dévêtir suffisamment pour confirmer ou infirmer les soupçons suscités. Une telle demande n'a rien de dégradant. On a seulement

necessary to disclose that she was concealing illegal drugs. She was not touched in any way by Inspector Badham. The very large number of illegal drug seizures at the Toronto International Airport arising from Jamaica flights is indicative of the magnitude of the problem.

It would be wrong to conclude that the brief restraint involved in the ordinary progressive border search for contraband conducted by a customs officer pursuant to ss. 143 and 144 of the *Customs Act* constitutes a detention within the meaning of s. 10 of the *Charter*.

Howland C.J.O. also noted that s. 143 of the *Customs Act* formed part of comprehensive border regulation to which both citizens and non-citizens alike were subject when seeking to enter Canada from abroad.

Howland C.J.O. found no merit to the appellant's argument that ss. 143 and 144 of the *Customs Act* violated s. 8 of the *Charter*. In his view, a body search conducted under ss. 143 and 144 should not be considered to be unreasonable within s. 8 of the *Charter*. He stated at p. 746:

I do not think it is unreasonable for sovereign nations, such as Canada, to provide for a temporary restraint on persons entering the country, and if necessary, for a search of their persons to see if they are bringing contraband into Canada.

Despite his finding that the appellant was not detained and therefore that her right to counsel under s. 10(b) of the *Charter* had not been infringed, Howland C.J.O. went on to consider the appellant's arguments with respect to s. 24(2). In considering the test for whether the admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute, he enunciated the following factors: the nature of the illegality, the manner in which the evidence was obtained, the good faith of the persons who obtained the evidence, whether the accused's rights under the *Charter* were knowingly infringed, and the seriousness of the charge. In this case, Howland C.J.O. was of the view that all the factors militated towards admitting the evidence. The search occurred at the border and was specifically authorized by an Act of Parliament. It was

demandé à l'intimée de retirer les vêtements qui devaient être retirés pour découvrir qu'elle dissimulait des drogues illégales. Elle n'a aucunement été touchée par l'inspecteur Badham. Le très grand nombre de saisies de drogues illégales effectuées à l'aéroport international de Toronto relativement à des vols en provenance de la Jamaïque témoigne de l'ampleur du problème.

Il serait erroné de conclure que la contrainte de brève durée qui est exercée à la frontière par un agent des douanes dans le cadre de la fouille progressive ordinaire effectuée conformément aux art. 143 et 144 de la *Loi sur les douanes* pour découvrir de la contrebande constitue une détention au sens de l'art. 10 de la *Charte*.

Le juge en chef Howland a également noté que l'art. 143 de la *Loi sur les douanes* s'inscrivait dans une réglementation d'ensemble des frontières à laquelle les citoyens comme les non-citoyens sont assujettis lorsqu'ils cherchent à entrer au Canada.

Le juge en chef Howland a considéré comme non fondé l'argument de l'appelante portant que les art. 143 et 144 de la *Loi sur les douanes* contreviennent à l'art. 8 de la *Charte*. À son avis, une fouille corporelle effectuée en vertu des art. 143 et 144 ne devrait pas être considérée abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Il a dit, à la p. 746:

[TRADUCTION] Je ne crois pas qu'il soit abusif pour des nations souveraines comme le Canada de prescrire l'exercice d'une contrainte temporaire sur les personnes qui entrent au pays et de prévoir que, si nécessaire, elles pourront faire l'objet d'une fouille personnelle afin de vérifier si elles apportent avec elles de la contrebande au Canada.

Malgré sa conclusion qu'il n'y avait pas eu détention de l'appelante et que, par conséquent, le droit à l'assistance d'un avocat conféré à cette dernière par l'al. 10(b) de la *Charte* n'avait pas été violé, le juge en chef Howland est passé à l'examen des arguments présentés par l'appelante relativement au par. 24(2). En examinant le critère applicable à la question de savoir si l'utilisation de certains éléments de preuve était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, il a énoncé les facteurs suivants: la nature de l'illégalité, la manière dont les éléments de preuve ont été obtenus, la bonne foi des personnes qui ont recueilli ces éléments de preuve, la question de savoir si les droits conférés par la *Charte* à l'accusée ont été sciemment violés, et la gravité de l'accusation. Le juge en chef Howland était d'avis

not unreasonable and did not involve any unnecessary invasion of privacy. The customs officers acted in good faith and fully in accordance with the law as stated in the *Customs Act*. The seizure of drugs was sizable and the charges faced by the accused serious. Accordingly, the admission of the evidence would in no way shock the community. On the contrary, exclusion of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

Tarnopolsky J.A. agreed that the evidence in this case should not have been excluded by the trial judge but dissented on the question of detention. In his view, *Chromiak, supra*, dealt only with the question of roadside breath tests and did not determine whether a person who is required to submit to an examination by a government agency is detained. He also distinguished strip searches at customs from roadside breath testing on two grounds. In *Chromiak* the accused was free to leave the scene after refusing to take a breath test; the appellant in this case was not free to refuse to be subjected to a body search. Secondly, the search involved in this case was a far more serious intrusion into a person's dignity and privacy than the breath test contemplated in *Chromiak*. The highly intrusive nature of the search and the fact that it was performed under conditions of restraint compelled Tarnopolsky J.A. to the conclusion that the appellant was detained when she was strip searched and accordingly, her right to counsel had been infringed.

que, dans la présente espèce, tous les facteurs militaient en faveur de l'utilisation des éléments de preuve obtenus. La fouille avait été effectuée à la frontière et était expressément autorisée par une loi du Parlement. Elle n'était pas abusive et n'avait comporté aucune atteinte inutile à la vie privée de l'appelante. Les agents des douanes avaient agi de bonne foi en respectant entièrement les règles de droit énoncées dans la *Loi sur les douanes*. La saisie de drogue effectuée était assez importante et les accusations portées contre l'accusée étaient graves. En conséquence, l'utilisation de ces éléments de preuve ne choquerait aucunement la collectivité. Au contraire, l'exclusion des éléments de preuve obtenus serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

d

Le juge Tarnopolsky a convenu que les éléments de preuve en l'espèce n'auraient pas dû être écartés par le juge de première instance, mais il a exprimé une dissidence sur la question de la détention. Selon ce juge, l'arrêt *Chromiak*, précité, n'a traité que de la question des demandes d'échantillon d'haleine pour fin d'analyse immédiate et n'a pas tranché la question de savoir si une personne obligée de se soumettre à l'examen d'un mandataire gouvernemental est détenue. Il a également distingué à deux égards les fouilles à nu effectuées aux douanes et les demandes d'échantillons d'haleine pour fin d'analyse immédiate. Dans l'arrêt *Chromiak*, l'accusé était libre de quitter les lieux après avoir refusé de soumettre un échantillon d'haleine; l'appelante en l'espèce n'était pas libre de refuser de se soumettre à une fouille corporelle. En second lieu, la fouille dont il est question en l'espèce empiétait de façon beaucoup plus grave sur la dignité et la vie privée de la personne que ne le faisait le test d'haleine envisagé dans l'arrêt *Chromiak*. L'empiètement important sur l'intimité qui caractérisait la fouille ainsi que les conditions de contrainte dans lesquelles elle avait été effectuée obligeaient le juge Tarnopolsky à conclure que l'appelante était détenue lorsqu'elle a été soumise à une fouille à nu et que, par conséquent, son droit à l'assistance d'un avocat avait été violé.

III

Interventions and Constitutional Questions

The Attorneys General for Ontario and Alberta filed notice of intention to intervene in the appeal to this Court. The Attorney General for Alberta later withdrew. The Attorney General for Ontario filed a factum in support of the respondent Crown.

Prior to hearing the appeal the following constitutional questions were stated:

1. Is a person who is required by a customs officer upon entering Canada to submit to a search of his or her person for contraband which is suspected of being secreted about his or her person, such search being pursuant to ss. 143 and 144 of the *Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40, detained within the meaning of s. 10 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, thereby requiring that such person be informed of the right to retain and instruct counsel without delay? ^c
2. Are sections 143 and 144 of the *Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40, inconsistent with a person's right to be secure against unreasonable search and seizure as guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and thereby of no force and effect to the extent of that inconsistency? ^e
3. If a failure to inform a person who is searched pursuant to ss. 143 and 144 of the *Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40, of his or her right to retain and instruct counsel without delay is in violation of s. 10 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is such a violation justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? ^f
4. If sections 143 and 144 of the *Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40, are found to be inconsistent with s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are these sections justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? ^g

IV

Customs Searches

In this Court counsel for the appellant advanced two main arguments. It was submitted that the appellant was "detained" when she was required to undergo a body search and thus her right to retain and instruct counsel and to be informed of that

III

Interventions et questions constitutionnelles

Le procureur général de l'Ontario et celui de l'Alberta ont déposé un avis d'intention d'intervenir dans le pourvoi formé devant cette Cour. Le procureur général de l'Alberta s'est ensuite désisté. Le procureur général de l'Ontario a déposé un mémoire appuyant les prétentions de Sa Majesté intimée. ^b

Avant l'audition du pourvoi, les questions constitutionnelles suivantes ont été énoncées:

1. La personne qui, à son entrée au Canada, se voit demander par un agent des douanes, conformément aux art. 143 et 144 de la *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, chap. C-40, de se soumettre à une fouille personnelle parce qu'on la soupçonne de cacher de la contrebande sur elle, est-elle détenue au sens de l'art. 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ce qui imposerait que cette personne soit informée de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat? ^a
2. Les articles 143 et 144 de la *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, chap. C-40, sont-ils incompatibles avec le droit d'une personne à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, inopérants dans la mesure de cette incompatibilité? ^d
3. Si l'omission d'informer une personne fouillée conformément aux art. 143 et 144 de la *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, chap. C-40, de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat viole l'art. 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cette violation est-elle justifiée par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*? ^e
4. Si les articles 143 et 144 de la *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, chap. C-40, sont jugés incompatibles avec l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ces articles sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*? ^h

IV

Les fouilles effectuées aux douanes

Devant cette Cour, l'avocat de l'appelante a avancé deux arguments principaux. En premier lieu, il a prétendu que l'appelante était «détenue» lorsqu'on lui a demandé de subir une fouille corporelle et que, par conséquent, il y a eu atteinte au

right under s. 10(b) was infringed. Second, counsel contended that ss. 143 and 144 of the *Customs Act* were inconsistent with the right to be secure against unreasonable search and seizure guaranteed by s. 8 of the *Charter*. It was submitted that neither violation could be saved by s. 1. On the basis of these violations, counsel for the appellant contended that admission of the narcotics into evidence would bring the administration of justice into disrepute under s. 24(2) of the *Charter*.

Crown counsel took the position that the appellant had not been detained and that ss. 143 and 144 of the *Customs Act* were not inconsistent with s. 8 of the *Charter*. Both arguments were largely based on characterizing border searches as a special case. Accordingly, the respondent argued that the brief restraint involved in the ordinary progressive border search conducted pursuant to the *Customs Act* did not constitute detention within the meaning of s. 10 of the *Charter*. Similarly, though conceding that the search provisions in ss. 143 and 144 did not conform to the criteria established by this Court in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, the Crown contended that *Hunter v. Southam Inc.* was inapplicable to the border search situation.

Before turning to the specific *Charter* issues, it is useful to consider briefly the significance of the border crossing situation. The respondent stressed that customs searches should be treated differently because of the important national interest that border regulation serves. In the respondent's submission, strip searches such as the one to which the appellant was subjected, are reasonable in the circumstances of monitoring the goods that enter the country. The delay travellers experience when required to undergo a personal search is incidental to the reasonable progression of increasingly more intrusive border searches and for that reason does

droit que lui confère l'al. 10b) d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informée de ce droit. En second lieu, cet avocat a prétendu que les art. 143 et 144 de la *Loi sur les douanes* étaient incompatibles avec le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*. Il a fait valoir que ni l'une ni l'autre de ces violations ne pouvait être sauvegardée par l'article premier. L'avocat de l'appelante a prétendu qu'en raison de ces violations l'admission en preuve des stupéfiants serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, au sens du par. 24(2) de la *Charte*.

L'avocat de la poursuite a adopté le point de vue selon lequel l'appelante n'avait pas été détenue et les art. 143 et 144 de la *Loi sur les douanes* n'étaient pas incompatibles avec l'art. 8 de la *Charte*. Ces deux arguments reposaient en grande partie sur la qualification des fouilles effectuées à la frontière comme étant un cas particulier. En conséquence, l'intimée a soutenu que la contrainte de brève durée exercée dans le cadre de la fouille ordinaire et progressive effectuée à la frontière conformément à la *Loi sur les douanes* ne constitue pas une détention au sens de l'art. 10 de la *Charte*. De la même manière, tout en concédant que les dispositions relatives aux fouilles et perquisitions figurant aux art. 143 et 144 ne respectaient pas le critère établi par cette Cour dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, la poursuite a prétendu que l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* était inapplicable aux circonstances de la fouille pratiquée à la frontière.

Avant d'examiner les questions précises soulevées en l'espèce relativement à la *Charte*, il est utile d'examiner brièvement l'importance des circonstances du passage à la frontière. L'intimée a fait valoir que les fouilles effectuées aux douanes devraient être traitées différemment des autres fouilles en raison de l'importance de l'intérêt national qui sert la réglementation des frontières. Selon la thèse de l'intimée, les fouilles à nu comme celle à laquelle l'appelante a été assujettie sont raisonnables dans le contexte du contrôle des marchandises qui entrent au pays. Le retard causé aux voyageurs qui doivent subir une fouille personnelle

not constitute a detention within the meaning of s. 10 of the *Charter*.

The American courts have long recognized border situations as an exception to the general protection against unreasonable search and seizure of the Fourth Amendment. The First Congress of the United States passed a customs statute in 1789 exempting border searches from the requirement of probable cause (LaFave, *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment* (2nd ed. 1987), vol. 3, at p. 710). This was the same Congress which two months later proposed the American Bill of Rights including the Fourth Amendment. Border regulation legislation similar to this first statute has existed in the United States since the original enactment.

The United States Supreme Court did not have cause to pronounce directly upon the constitutional validity of the search provisions in American customs legislation until 1977 in *United States v. Ramsey*, 431 U.S. 606 (1977), a case concerning the search of international mail. Lower courts had, however, consistently upheld the validity of customs provisions which permitted border searches to be conducted without securing a warrant and without establishing probable cause (LaFave, *op. cit.*, at p. 712; see *United States v. Lincoln*, 494 F.2d 833 (9th Cir. 1974); *United States v. Chavarria*, 493 F.2d 935 (5th Cir. 1974); *United States v. King*, 485 F.2d 353 (10th Cir. 1973); *United States v. Beck*, 483 F.2d 203 (3d Cir. 1973)). *Dicta* in Supreme Court decisions drew a distinction between searches within national boundaries, which were generally subject to the warrant and probable cause requirements of the Fourth Amendment, and those occurring at the border which required neither. In *Carroll v. United States*, 267 U.S. 132 (1925), a case heard during the era of prohibition, the Supreme Court succinctly stated the essential difference between searches of persons presenting themselves for entry

résulte de la progression raisonnable de l'empiétement sur l'intimité des fouilles effectuées aux douanes et, pour ce motif, ne constitue pas une détention au sens de l'art. 10 de la *Charte*.

a

Les tribunaux américains reconnaissent depuis longtemps que les situations rencontrées à la frontière constituent une exception à la protection générale contre les perquisitions et saisies déraisonnables accordée par le Quatrième amendement. Le premier congrès des États-Unis a édicté en 1789 une loi sur les douanes exemptant les fouilles et perquisitions effectuées à la frontière de l'exigence d'un motif plausible (LaFave, *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment* (2nd ed. 1987), vol. 3, à la p. 710). C'est ce même congrès qui, deux mois plus tard, a proposé l'adoption de la Déclaration américaine des droits comprenant le Quatrième amendement. Depuis l'adoption de cette première loi, les frontières américaines ont constamment été régies par une législation analogue.

e

La Cour suprême des États-Unis n'a été appelée à se prononcer directement sur la constitutionnalité des dispositions relatives aux fouilles de la législation américaine sur les douanes qu'en 1977 dans l'affaire *United States v. Ramsey*, 431 U.S. 606 (1977), un litige ayant trait à l'examen du courrier international. Les tribunaux d'instance inférieure avaient toutefois maintenu de façon constante la validité des dispositions relatives aux douanes qui permettaient de procéder à des fouilles et à des perquisitions à la frontière sans avoir préalablement obtenu un mandat et établi l'existence d'un motif plausible (LaFave, *op. cit.*, à la p. 712; voir *United States v. Lincoln*, 494 F.2d 833 (9th Cir. 1974), *United States v. Chavarria*, 493 F.2d 935 (5th Cir. 1974), *United States v. King*, 485 F.2d 353 (10th Cir. 1973), *United States v. Beck*, 483 F.2d 203 (3d Cir. 1973)). Des opinions incidentes contenues dans des arrêts de la Cour suprême font état d'une distinction entre les fouilles et perquisitions effectuées à l'intérieur des frontières nationales, qui étaient généralement assujetties aux exigences du mandat et du motif plausible inscrites au Quatrième amendement, et les fouilles et perquisitions effectuées à la frontière, qui

at the border and persons already in the country (at pp. 153-54):

It would be intolerable and unreasonable if a prohibition agent were authorized to stop every automobile on the chance of finding liquor and thus subject all persons lawfully using the highways to the inconvenience and indignity of such a search. Travellers may be so stopped in crossing an international boundary because of national self protection reasonably requiring one entering the country to identify himself as entitled to come in, and his belongings as effects which may be lawfully brought in. But those lawfully within the country . . . have a right to free passage without interruption or search unless there is known to a competent official authorized to search, probable cause for believing that their vehicles are carrying contraband or illegal merchandise. [Emphasis added.]

Carroll clearly indicated that the national interest in preventing the entry of contraband into the country made searches which would be unreasonable in other circumstances reasonable at the border.

In *Ramsey, supra*, the Supreme Court was finally confronted with a Fourth Amendment challenge to customs search provisions. Rehnquist J., for the Court, commented at some length on the special nature of customs searches at pp. 616-17:

That searches made at the border, pursuant to the longstanding right of the sovereign to protect itself by stopping and examining persons and property crossing into this country, are reasonable simply by virtue of the fact that they occur at the border, should, by now, require no extended demonstration. The Congress which proposed the Bill of Rights, including the Fourth

n'étaient pas assujetties à de telles exigences. Dans l'arrêt *Carroll v. United States*, 267 U.S. 132 (1925), une affaire instruite à l'époque de la prohibition, la Cour suprême a succinctement énoncé la différence essentielle entre les fouilles et perquisitions effectuées à l'égard des personnes qui se présentent à la frontière pour entrer au pays et celles qui ont trait à des personnes qui se trouvent déjà au pays (aux pp. 153 et 154):

[TRADUCTION] Il serait intolérable et déraisonnable qu'un agent de la prohibition soit autorisé à arrêter chaque automobile pour le motif qu'il pourrait s'y trouver de l'alcool et, ainsi, à faire subir à toutes les personnes utilisant légalement les routes, les inconvénients et l'affront d'une telle perquisition. Les voyageurs peuvent être ainsi arrêtés en traversant une frontière internationale parce qu'il est raisonnable que le pays se protège lui-même en exigeant que les personnes qui y entrent démontrent leur droit d'entrer au pays et que leurs effets sont des objets qui peuvent être introduits légalement au pays. Mais les personnes qui se trouvent légalement au pays [. . .] ont le droit de circuler librement, sans interruption ni perquisition ou fouille, à moins qu'un agent compétent habilité à effectuer une perquisition ou une fouille n'ait un motif plausible de croire que leur véhicule transporte de la contrebande ou des marchandises illégales. [Je souligne.]

L'arrêt *Carroll* a clairement indiqué que l'intérêt national qui réside dans la prévention de l'introduction de contrebande au pays rendait raisonnables des fouilles ou perquisitions qui, effectuées ailleurs qu'à la frontière, seraient déraisonnables ou abusives.

Dans l'affaire *Ramsey*, précitée, la Cour suprême a finalement été appelée à trancher une contestation, fondée sur le Quatrième amendement, des dispositions régissant les fouilles et perquisitions effectuées aux douanes. Le juge Rehnquist, s'exprimant au nom de la Cour, a assez longuement commenté le caractère particulier des fouilles et perquisitions effectuées aux douanes. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 616 et 617:

[TRADUCTION] Aujourd'hui, point n'est besoin de longue démonstration pour établir que les fouilles et perquisitions effectuées à la frontière, conformément au droit que possède depuis longtemps le souverain de se protéger en arrêtant et en examinant les personnes et les biens qui entrent dans ce pays, sont raisonnables du seul fait qu'elles sont pratiquées à la frontière. Le Congrès

Amendment, to the state legislatures on September 25, 1789, 1 Stat. 97, had, some two months prior to that proposal, enacted the first customs statute, Act of July 31, 1789, c. 5, 1 Stat. 29. Section 24 of this statute granted customs officials "full power and authority" to enter and search "any ship or vessel, in which they shall have reason to suspect any goods, wares or merchandise subject to duty shall be concealed . . .". The acknowledgment of plenary customs power was differentiated from the more limited power to enter and search "any particular dwelling-house, store, building or other place . . ." where a warrant upon "cause to suspect" was required. The historical importance of the enactment of this customs statute by the same Congress which proposed the Fourth Amendment is, we think, manifest.

After reviewing other United States Supreme Court cases in which border situations had been mentioned, Rehnquist J. came to the following conclusion on the validity of border searches at p. 619:

Border searches, then, from before the adoption of the Fourth Amendment, have been considered to be "reasonable" by the single fact that the person or item in question had entered into our country from outside. There has never been any additional requirement that the reasonableness of a border search depended on the existence of probable cause. This longstanding recognition that searches at our borders without probable cause and without a warrant are nonetheless "reasonable" has a history as old as the Fourth Amendment itself. We affirm it now.

While we must, of course, be wary of adopting American interpretations where they do not accord with the interpretive framework of our Constitution, the American courts have the benefit of two hundred years of experience in constitutional interpretation. This wealth of experience may offer guidance to the judiciary in this country.

It is, I think, of importance that the cases and the literature seem to recognize three distinct

qui a proposé la Déclaration des droits, y compris le Quatrième amendement, aux législatures des États le 25 septembre 1789, 1 Stat. 97, avait, environ deux mois avant la présentation de cette proposition, édicté la première loi sur les douanes, Loi du 31 juillet 1789, chap. 5, 1 Stat. 29. L'article 24 de cette Loi accordait aux agents des douanes «pleins pouvoirs» pour perquisitionner «tout bateau ou navire dans lequel ils ont des motifs de soupçonner que sont dissimulés des effets, des articles ou des marchandises sujets à la douane . . .» La reconnaissance de pleins pouvoirs aux agents des douanes était distinguée du pouvoir plus limité d'effectuer une perquisition dans «une maison d'habitation, un magasin ou un édifice particuliers ou quelque autre endroit . . .» lorsqu'un mandat fondé sur «un motif de soupçonner» était exigé. À notre avis, il ne fait pas de doute que le fait que cette loi sur les douanes a été édictée par le même Congrès qui avait proposé l'adoption du Quatrième amendement a son importance sur le plan historique.

Après avoir examiné d'autres arrêts de la Cour suprême des États-Unis dans lesquels des situations rencontrées à la frontière avaient été mentionnées, le juge Rehnquist est arrivé à la conclusion suivante au sujet de la validité des fouilles et perquisitions effectuées à la frontière (à la p. 619):

[TRADUCTION] Alors, dès avant l'adoption du Quatrième amendement, les fouilles et perquisitions pratiquées à la frontière étaient considérées comme «raisonnables» du simple fait que la personne ou l'article qui était entré dans notre pays venait de l'extérieur. Il n'y a jamais eu d'exigence additionnelle voulant que le caractère raisonnable d'une fouille ou perquisition effectuée à la frontière dépende de l'existence d'un motif plausible. Historiquement, cette reconnaissance du principe que les fouilles ou perquisitions effectuées à nos frontières sans motif plausible et sans mandat sont néanmoins «raisonnables» remonte aussi loin que le Quatrième amendement lui-même. Nous la confirmons à présent.

Bien qu'évidemment nous devons hésiter à adopter des interprétations américaines qui ne sont pas en harmonie avec le régime d'interprétation de notre Constitution, les tribunaux américains bénéficient d'une expérience de deux cents ans en matière d'interprétation constitutionnelle. Les tribunaux de notre pays peuvent puiser certaines lignes directrices à même cette riche expérience.

Il est, à mon avis, significatif que la jurisprudence et la doctrine semblent distinguer trois types

types of border search. First is the routine of questioning which every traveller undergoes at a port of entry, accompanied in some cases by a search of baggage and perhaps a pat or frisk of outer clothing. No stigma is attached to being one of the thousands of travellers who are daily routinely checked in that manner upon entry to Canada and no constitutional issues are raised. It would be absurd to suggest that a person in such circumstances is detained in a constitutional sense and therefore entitled to be advised of his or her right to counsel. The second type of border search is the strip or skin search of the nature of that to which the present appellant was subjected, conducted in a private room, after a secondary examination and with the permission of a customs officer in authority. The third and most highly intrusive type of search is that sometimes referred to as the body cavity search, in which customs officers have recourse to medical doctors, to X-rays, to emetics, and to other highly invasive means.

I wish to make it clear that each of the different types of search raises different issues. We are here concerned with searches of the second type and what I have to say relates only to that type of search. Searches of the third or bodily cavity type may raise entirely different constitutional issues for it is obvious that the greater the intrusion, the greater must be the justification and the greater the degree of constitutional protection. I turn now to a consideration of the appellant's specific *Charter* claims.

V

Section 10 of the *Charter*

The first issue to be determined in this appeal is whether the appellant was detained within the meaning of s. 10 of the *Charter* when she was required to undergo a strip search at customs. As

de fouilles à la frontière. Premièrement, il y a l'interrogatoire de routine auquel est soumis chaque voyageur à un port d'entrée, lequel est suivi dans certains cas d'une fouille des bagages et peut-être même d'une fouille par palpation des vêtements extérieurs. Il n'y a rien d'infamant à être l'un des milliers de voyageurs qui font, chaque jour, l'objet de ce type de contrôle de routine à leur entrée au Canada et aucune question constitutionnelle n'est soulevée à cet égard. Il serait absurde de laisser entendre qu'une personne qui se trouve dans une telle situation est détenue au sens constitutionnel du terme et a le droit, en conséquence, d'être informé de son droit à l'assistance d'un avocat. Le second type de fouille effectuée à la frontière est la fouille à nu comme celle à laquelle a été soumise l'appelante en l'espèce. Cette fouille est effectuée dans une pièce fermée, après un examen secondaire et avec la permission d'un agent des douanes occupant un poste d'autorité. Le troisième type de fouille, celui qui comporte l'empiètement le plus poussé, est parfois appelé examen des cavités corporelles; pour ce genre de fouille, les agents des douanes ont recours à des médecins, à des rayons X, à des émétiques, ainsi qu'à d'autres moyens comportant un empiètement des plus poussés.

Je tiens à établir clairement que chacun de ces différents types de fouille soulève des questions distinctes. Nous avons ici affaire aux fouilles du second type et mon propos ne concerne que les fouilles de cette catégorie. Les fouilles de la troisième catégorie ou examen des cavités corporelles peuvent soulever des questions constitutionnelles entièrement différentes puisqu'il est évident que plus l'empiètement sur la vie privée est important, plus sa justification et le degré de protection constitutionnelle accordée doivent être importants. J'aborde maintenant les demandes fondées sur la *Charte* que l'appelante a présentées en l'espèce.

i

V

L'article 10 de la *Charte*

La première question à trancher dans le cadre du présent pourvoi est de savoir si l'appelante était détenue au sens de l'art. 10 de la *Charte* lorsqu'on l'a obligée à subir une fouille à nu aux douanes.

noted, s. 10(b) provides that everyone has the right on arrest or detention to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right. If the appellant was detained, her right to retain and instruct counsel was violated since she was not informed of that right until the narcotics were found.

In *R. v. Therens, supra*, this Court considered the meaning of detention in the context of a breathalyzer demand made by a police officer under the former s. 235 of the *Criminal Code*. Le Dain J. made the following comments, in which all members of the Court concurred at pp. 641-42:

The purpose of s. 10 of the *Charter* is to ensure that in certain situations a person is made aware of the right to counsel and is permitted to retain and instruct counsel without delay. The situations specified by s. 10—arrest and detention—are obviously not the only ones in which a person may reasonably require the assistance of counsel, but they are situations in which the restraint of liberty might otherwise effectively prevent access to counsel or induce a person to assume that he or she is unable to retain and instruct counsel. In its use of the word “detention”, s. 10 of the *Charter* is directed to a restraint of liberty other than arrest in which a person may reasonably require the assistance of counsel but might be prevented or impeded from retaining and instructing counsel without delay but for the constitutional guarantee.

In addition to the case of deprivation of liberty by physical constraint, there is in my opinion a detention within s. 10 of the *Charter* when a police officer or other agent of the state assumes control over the movement of a person by a demand or direction which may have significant legal consequence and which prevents or impedes access to counsel.

From the foregoing passage it is clear that the right to counsel becomes available upon something less than formal arrest. This Court has recently affirmed this definition of detention in *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621, and *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640.

Counsel for the Crown argued before this Court that the definition of detention in *Therens* was

Comme je l’ai noté, l’al. 10b) porte que chacun a le 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. Si l’appelante a été détenue, son droit d’avoir recours à l’assistance d’un avocat a alors été violé puisqu’elle n’en a été informée qu’après la découverte des stupéfiants.

Dans l’arrêt *R. c. Therens*, précité, cette Cour a examiné le sens du terme «détention» dans le contexte d’une demande de subir l’alcooltest faite par un agent de police conformément à l’ancien art. 235 du *Code criminel*. Le juge Le Dain a fait les observations suivantes, auxquelles ont souscrit tous les membres de la Cour, aux pp. 641 et 642:

L’article 10 de la *Charte* vise à assurer que, dans certaines situations, une personne soit informée de son droit à l’assistance d’un avocat et qu’elle puisse obtenir cette assistance sans délai. Il est évident que les cas (l’arrestation et la détention) mentionnés expressément à l’art. 10 ne sont pas les seuls où une personne peut avoir raisonnablement besoin de l’assistance d’un avocat, mais qu’il s’agit de situations où l’entrave à la liberté pourrait, par ailleurs, avoir pour effet de rendre impossible l’accès à un avocat ou d’amener une personne à conclure qu’elle n’est pas en mesure d’avoir recours à l’assistance d’un avocat. En utilisant le mot «détention», l’art. 10 de la *Charte* vise une entrave à la liberté autre qu’une arrestation par suite de laquelle une personne peut raisonnablement avoir besoin de l’assistance d’un avocat, mais pourrait, en l’absence de cette garantie constitutionnelle, être empêchée d’y avoir recours sans délai.

Outre le cas où il y a privation de liberté par contrainte physique, j’estime qu’il y a détention au sens de l’art. 10 de la *Charte* lorsqu’un policier ou un autre agent de l’État restreint la liberté d’action d’une personne au moyen d’une sommation ou d’un ordre qui peut entraîner des conséquences sérieuses sur le plan juridique et qui a pour effet d’empêcher l’accès à un avocat.

Il ressort des propos qui précèdent que le droit à un avocat devient applicable à l’égard de quelque chose de moins qu’une arrestation formelle. Cette Cour a récemment confirmé cette définition de la détention dans l’arrêt *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621, ainsi que dans l’arrêt *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640.

L’avocat de la poursuite a soutenu devant cette Cour que la définition de la détention énoncée

inappropriate in the circumstances of border searches. It was the Crown's submission that the liberty of travellers is subject to physical constraints that may have significant legal consequences from the moment travellers arrive at the border requesting entry into Canada; detention should not be interpreted to include the ordinary, increasingly more intrusive course of border searches for contraband. Strip searches fall within this routine procedure. Detention within the meaning of s. 10 of the *Charter* would not be reached until an agent of the state imposed a restraint on a person's liberty beyond the normal restraints involved in ensuring that the person and his or her goods are lawfully admissible. In Crown counsel's submission, this level of restraint was not reached in this case.

Only a few lower courts have considered the issue of detention in the context of a search at customs. In *R. v. Rodenbush and Rodenbush* (1985), 21 C.C.C. (3d) 423 (B.C.C.A.), the British Columbia Court of Appeal held on the authority of *Therens, supra*, that persons required to wait in an inspection room while their luggage was inspected in another room were detained. In *Rodenbush* the accused, a married couple, had been under police surveillance while in Seattle. Before the couple arrived at the Canadian border, United States drug enforcement personnel warned Canadian customs officials of their impending arrival. When they reached customs, the accused declared purchases of approximately \$70 worth of clothing and were referred to the customs building to pay duty. The officer to whom the accused made the payment requested to inspect their car. Two suitcases which the accused had been given in Seattle while under surveillance were in the back of the car. The officer removed and opened the suitcases and noticed deep gouges on some of the rivets inside one of them. The officer indicated that he wished to inspect the suitcases further and took them to an inspection room where he left them with other inspectors. The officer then led the accused to a second inspection room where he

dans l'arrêt *Therens* n'était pas appropriée aux circonstances d'une fouille pratiquée à la frontière. La prétention de la poursuite était que la liberté des voyageurs est assujettie à des contraintes physiques qui peuvent entraîner des conséquences juridiques importantes dès que ces voyageurs arrivent à la frontière et demandent à entrer au Canada; le mot «détention» ne devrait pas être interprété de façon à comprendre la procédure ordinaire d'empêchement croissant sur la vie privée, suivie relativement aux fouilles et perquisitions pratiquées à la frontière pour découvrir de la contrebande. Les fouilles à nu relèvent de cette procédure de routine. Il n'y aurait détention au sens de l'art. 10 de la *Charte* qu'à partir du moment où un mandataire de l'État restreint la liberté d'une personne en lui imposant une contrainte dépassant les contraintes normalement imposées pour s'assurer que cette personne ou ses effets sont légalement admissibles. Selon la prétention de l'avocat de la poursuite, ce niveau de contrainte n'a pas été atteint en l'espèce.

Seul un petit nombre de tribunaux d'instance inférieure ont examiné la question de la détention dans le contexte des fouilles et perquisitions pratiquées aux douanes. Dans l'arrêt *R. v. Rodenbush and Rodenbush* (1985), 21 C.C.C. (3d) 423 (C.A.C.-B.), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu en se fondant sur l'arrêt *Therens*, précité, que les personnes requises d'attendre dans une salle d'inspection pendant la vérification de leurs bagages dans une autre pièce étaient détenues. Dans l'affaire *Rodenbush*, les accusés, un couple marié, avaient fait l'objet d'une surveillance policière pendant leur séjour à Seattle. Avant l'arrivée de ce couple à la frontière canadienne, les autorités américaines chargées d'appliquer la législation sur les drogues ont prévenu les autorités canadiennes des douanes de son arrivée imminente à la frontière. Lorsqu'ils sont arrivés aux douanes, les accusés ont déclaré des achats de vêtements d'une valeur d'environ 70 \$ et ont été renvoyés aux bureaux de la douane pour payer les droits exigibles. L'agent à qui les accusés ont acquitté ces droits a demandé à inspecter leur auto. Deux valises que les accusés avaient reçues à Seattle alors qu'ils étaient surveillés se trouvaient à l'arrière de l'automobile. L'agent a retiré ces valises et les a ouvertes. Il a alors remarqué la pré-

waited with them for the results of the luggage inspection. The search of the suitcases yielded 4.22 kilograms of cocaine with a purity of 76 per cent by weight and a street value of more than \$1.6 million.

While awaiting the outcome of the luggage search, the inspector carried on a conversation with the accused. When the cocaine was discovered, a customs superintendent notified the inspector of the find and asked him to question the accused about the suitcases. The accused made a false statement concerning where they had acquired the suitcases. The inspector then informed them of the discovery of cocaine and placed them under arrest. The British Columbia Court of Appeal held that the accused were detained within the meaning of s. 10 of the *Charter* when they were asked by the customs officer to enter a separate interview room.

The British Columbia Court of Appeal has considered the question of detention in the customs setting on two other occasions. In *R. v. Jacoy* (judgment being rendered this date), the accused was being monitored by the police for involvement in drug trafficking. As he proceeded north from Seattle towards the Canadian border, the R.C.M.P. contacted customs and suggested they flag the accused for a routine search. The accused was not to know customs had any suspicions about him. Cronin Prov. Ct. J. (reasons unreported) held that Jacoy was detained from the moment he was stopped at the border. He excluded the narcotics under s. 24(2) of the *Charter* on the basis of the s. 10(b) violation and acquitted the accused. The case was reversed on appeal to the British Columbia Court of Appeal (reported at (1986), 30 C.C.C. (3d) 9) on other grounds and was argued before this Court on the same day as the instant appeal. In *R. v. Gladstone* (1985), 22 C.C.C. (3d)

sence de rainures profondes sur certains des rivets situés à l'intérieur de l'une des valises. L'agent douanes a indiqué qu'il avait l'intention de procéder à une inspection plus poussée de ces deux valises, et il les a emportées dans une salle d'inspection pour les remettre à d'autres inspecteurs. Cet agent a alors conduit les accusés dans une seconde salle d'inspection où il a attendu avec eux les résultats de l'inspection de leurs bagages. La fouille des valises a permis de découvrir 4,22 kilogrammes de cocaïne pure à 76 pour 100 d'une valeur de 1,6 million de dollars sur le marché noir.

En attendant le résultat de la fouille des bagages, l'inspecteur a tenu une conversation avec les accusés. Lorsque la cocaïne a été trouvée, un surintendant des douanes a avisé l'inspecteur de cette découverte et lui a demandé d'interroger les accusés au sujet des valises. Les accusés ont fait une fausse déclaration concernant l'endroit où ils avaient fait l'acquisition de ces valises. L'inspecteur les a alors informés de la découverte de la cocaïne et les a mis aux arrêts. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que les accusés étaient détenus au sens de l'art. 10 de la *Charte* au moment où l'agent des douanes leur avait demandé d'entrer dans une salle d'interrogation séparée.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a examiné la question de la détention dans le contexte des douanes à deux autres reprises. Dans l'affaire *R. c. Jacoy* (jugement rendu aujourd'hui), l'accusé avait été placé sous surveillance policière en raison de sa participation au trafic des drogues. Pendant qu'il se dirigeait de Seattle vers le nord et la frontière canadienne, la GRC a communiqué avec les autorités douanières et leur a suggéré d'arrêter l'accusé pour lui faire subir une fouille de routine. L'accusé ne devait pas savoir que les douanes nourrissaient des soupçons à son sujet. Le juge Cronin de la Cour provinciale (motifs inédits) a conclu que Jacoy avait été détenu à partir du moment où il avait été immobilisé à la frontière. Appliquant les dispositions du par. 24(2) de la *Charte*, il a écarté les stupéfiants pour le motif qu'il y avait eu violation de l'al. 10b), et il a acquitté l'accusé. Cette décision a été infirmée pour d'autres motifs par la Cour d'appel de la

151 (B.C.C.A.), the British Columbia Court of Appeal assumed without deciding that an accused who had been subject to a strip search had been detained within the meaning of s. 10 of the *Charter*.

In my view, the appellant was detained when she was required to undergo a strip search pursuant to s. 143 of the *Customs Act*. This result is consistent with both the meaning given to detention in common parlance and with the definition laid out by Le Dain J. in *Therens, supra*. When the customs officer informed the appellant that she was going to be searched, the appellant could not have refused and continued on her way. The customs officer testified that had the appellant attempted to leave, she would have notified the R.C.M.P. In addition, s. 203 of the *Customs Act* makes it an offence to obstruct or to offer resistance to any personal search authorized by the *Customs Act*. At the time of the search the appellant was quite clearly subject to external restraint. The customs officer had assumed control over her movements by a demand which had significant legal consequences.

I am not persuaded by the argument made before us by the Crown that if a strip search is considered a detention, all travellers passing through customs must be seen to be detained and therefore, to have a right to counsel. In *Therens, supra*, Le Dain J. stated that not all communication with police officers and other state authorities will amount to detention within the meaning of s. 10(b) of the *Charter*. This statement is equally valid with respect to the customs situation. I have little doubt that routine questioning by customs officials at the border or routine luggage searches conducted on a random basis do not constitute detention for the purposes of s. 10. There is no doubt, however, that when a person is taken out of the normal course and forced to submit to a strip search that person is detained within the meaning of s. 10.

Colombie-Britannique (publié à (1986), 30 C.C.C. (3d) 9), et l'affaire a été débattue devant nous le même jour que le présent pourvoi. Dans l'arrêt *R. v. Gladstone* (1985), 22 C.C.C. (3d) 151 (C.A.C.-B.), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a tenu pour acquis, sans trancher la question, qu'un accusé assujetti à une fouille à nu avait été détenu au sens de l'art. 10 de la *Charte*.

À mon avis, l'appelante était détenue lorsqu'elle a été contrainte de subir une fouille à nu conformément à l'art. 143 de la *Loi sur les douanes*. Cette conclusion est compatible à la fois avec le sens donné au mot «détention» dans la langue populaire et avec la définition énoncée par le juge Le Dain dans l'arrêt *Therens*, précité. Lorsque l'agent des douanes l'a avisée qu'elle allait subir une fouille, l'appelante n'était pas en mesure de lui opposer un refus et de poursuivre sa route. L'agent des douanes a déposé qu'elle aurait averti la GRC si l'appelante avait tenté de quitter les lieux. De plus, aux termes de l'art. 203 de la *Loi sur les douanes*, constitue une infraction le fait de résister aux perquisitions sur la personne autorisées par la *Loi sur les douanes*. Au moment de la fouille, l'appelante était nettement assujettie à une contrainte extérieure. L'agent des douanes avait restreint sa liberté d'action au moyen d'une sommation qui entraînait des conséquences sérieuses sur le plan juridique.

Je ne suis pas convaincu par l'argument que la poursuite nous a soumis, selon lequel si la fouille à nu constitue une détention alors tous les voyageurs qui passent aux douanes doivent être considérés comme détenus et, par conséquent, avoir droit à un avocat. Dans l'arrêt *Therens*, précité, le juge Le Dain a affirmé que ce ne sont pas tous les rapports avec des agents de police ou d'autres autorités de l'État qui constituent une détention au sens de l'al. 10b) de la *Charte*. Cette déclaration vaut également à l'égard de la situation rencontrée aux douanes. Je ne doute guère que l'interrogatoire de routine auquel procèdent les agents des douanes à la frontière ou la fouille ordinaire des bagages pratiquée au hasard ne constituent pas une détention aux fins de l'art. 10. Il ne fait toutefois aucun doute qu'une personne à qui l'on cesse d'appliquer la procédure normale et que l'on force à subir une fouille à nu est détenue au sens de l'art. 10.

Counsel for the Crown argued that even if the appellant had been detained, not all detentions require the provision of all the rights enumerated in s. 10 of the *Charter*; in this case, the detention does not give rise to a right to counsel since no purpose would be served by allowing a person who is going to be searched the right to retain and instruct counsel. I do not agree with this submission. If the appellant had been given the right to consult counsel, counsel could have informed her of her right under s. 144 of the *Customs Act* to request higher authorization for the search. It is idle to speculate as to what might have happened. In my view it is not correct to argue that counsel would perform no useful function in this situation.

I am therefore of the view that the appellant was detained when she entered the search room and that she should have been informed of her right to retain and instruct counsel at that time.

VI

Section 8 of the *Charter*

The second issue raised in this appeal is the constitutional validity of the former ss. 143 and 144 of the *Customs Act*. It should be noted at the outset that the appellant does not allege that the search to which she was subjected failed to satisfy the terms of ss. 143 and 144 of the *Customs Act*. Her argument is rather that the personal search provisions of the *Customs Act* do not conform to the *Charter*. Counsel for the appellant argued that these sections infringe the right to be secure against unreasonable search and seizure enshrined in s. 8 of the *Charter* because they do not conform to the criteria established by this Court in *Hunter v. Southam Inc.* The Crown conceded the sections do not meet the *Hunter v. Southam Inc.* standards but contended that these standards are inapplicable to border situations.

In *Hunter v. Southam Inc.*, the Court considered the validity of certain sections of the *Combinés Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, in the context of s. 8 of the *Charter*. Under the

L'avocat de la poursuite a soutenu que, même si l'appelante avait été détenue, ce ne sont pas toutes les détentions qui exigent l'application de l'ensemble des droits énumérés à l'art. 10 de la *Charte*; la détention en l'espèce ne fait pas naître de droit à l'assistance d'un avocat puisqu'il ne servirait à rien d'accorder ce droit à une personne sur le point d'être fouillée. Je ne suis pas d'accord avec cette prétention. Si on lui avait accordé le droit de consulter un avocat, ce dernier aurait pu informer l'appelante du droit que lui conférait l'art. 144 de la *Loi sur les douanes* d'exiger que la fouille soit autorisée par une instance supérieure. Il est inutile de faire des conjectures sur ce qui aurait alors pu arriver. À mon avis, il est faux de prétendre que l'intervention d'un avocat aurait été inutile dans une telle situation.

Je suis donc d'avis que l'appelante était détenue lorsqu'elle est entrée dans la salle destinée aux fouilles et qu'elle aurait alors dû être informée de son droit à l'assistance d'un avocat.

VI

L'article 8 de la *Charte*

Le second point litigieux soulevé dans ce pourvoi concerne la constitutionnalité des anciens art. 143 et 144 de la *Loi sur les douanes*. Il faudrait noter dès le départ que l'appelante n'allègue pas que la fouille dont elle a fait l'objet était contraire aux dispositions des art. 143 et 144 de la *Loi sur les douanes*. Elle fait plutôt valoir que les dispositions de cette loi ayant trait aux fouilles personnelles ne sont pas conformes à la *Charte*. L'avocat de l'appelante a soutenu que ces articles violent le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, enchâssé à l'art. 8 de la *Charte*, parce qu'ils ne sont pas conformes aux critères que cette Cour a établis dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* La poursuite a reconnu que les articles en question ne satisfont pas aux normes énoncées dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, mais elle a prétendu que ces normes sont inapplicables à la situation qui existe aux douanes.

Dans l'affaire *Hunter c. Southam Inc.*, la Cour s'est penchée sur la validité de certains articles de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23, au regard de l'art. 8 de

search provisions of that Act, combines investigation officers could obtain authorization to search any premises on which the Director of Investigation believed evidence relevant to an inquiry under the *Combines Investigation Act* was to be found. This Court found the provisions infringed the right to be secure against unreasonable search and seizure. The Court recognized that the purpose of s. 8 was to act as a limitation on the pre-existing search powers of government. The *Charter* does not protect the individual from all searches, but only from those deemed to be unreasonable. The central question in that appeal was how to assess whether the search provisions in the *Combines Investigation Act* were reasonable. This Court now faces the same issue with reference to the *Customs Act*.

In *Hunter*, this Court established three criteria to which reasonable searches must conform. First, where possible, the search must have been approved by prior authorization. This ensures that unjustified searches will be prevented before they occur. The Court acknowledged that it might not be reasonable in all circumstances to insist on prior authorization but held that where it was feasible, prior authorization was a pre-condition of a reasonable search. Second, the person authorizing the search need not be a judge but must act in a judicial manner. That person must be able to assess in a neutral and impartial fashion whether on the evidence available a search is appropriate. Finally, there must be reasonable and probable grounds, established upon oath to believe that an offence has been committed and that evidence of this is to be found at a particular place. The Court recognized that this standard is subject to change “[w]here the state’s interest is not simply law enforcement as, for instance, where state security is involved, or where the individual’s interest is not simply [an] expectation of privacy as, for instance,

la *Charte*. En vertu des dispositions de cette loi relatives aux fouilles et aux perquisitions, les fonctionnaires chargés des enquêtes sur les coalitions pouvaient obtenir l’autorisation de perquisitionner dans les lieux où le directeur des enquêtes croyait qu’il pouvait exister des éléments de preuve pertinents à une enquête tenue conformément à la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Cette Cour a statué que les articles en question violaient le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Elle a aussi reconnu que l’art. 8 avait pour objet de limiter les pouvoirs préexistants du gouvernement en matière de fouilles et de perquisitions. La *Charte* ne protège pas les particuliers contre toutes les fouilles et toutes les perquisitions, mais seulement contre celles réputées abusives. La question principale qui se posait dans ce pourvoi consistait à déterminer comment il fallait procéder pour déterminer si les dispositions de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* en matière de fouilles et de perquisitions étaient raisonnables. La même question se pose maintenant à cette Cour relativement à la *Loi sur les douanes*.

Cette Cour a fixé, dans l’arrêt *Hunter*, trois critères auxquels doivent satisfaire les fouilles ou perquisitions raisonnables. Tout d’abord, dans la mesure du possible, il doit y avoir autorisation préalable de la fouille ou de la perquisition, ce qui écarte d’emblée la possibilité de fouilles ou de perquisitions injustifiées. La Cour a reconnu qu’il ne serait peut-être pas raisonnable dans tous les cas d’insister sur l’obtention d’une autorisation préalable, mais elle a statué que, lorsqu’elle pouvait être obtenue, cette autorisation était une condition préalable d’une fouille ou perquisition raisonnable. Ensuite, il n’est pas nécessaire que la personne qui autorise la fouille ou la perquisition soit un juge, mais elle doit tout de même être en mesure d’agir de façon judiciaire. Elle doit être capable d’apprécier, d’une manière neutre et impartiale, si la preuve offerte justifie la fouille ou la perquisition. Finalement, il doit exister des motifs raisonnables et probables, établis sous serment, de croire qu’une infraction a été commise et que des éléments de preuve de cette infraction se trouvent à un endroit particulier. La Cour a

when the search threatens ... bodily integrity" (p. 168).

In this case it is clear that the *Hunter v. Southam Inc.* standards are not met. Sections 143 and 144 do not mandate prior authorization of personal searches by a person acting in a judicial capacity. The standard upon which a search may be conducted under the provisions, reasonable cause to suppose, also falls short of the reasonable and probable grounds established on oath required by *Hunter*. There is no warrant requirement. The question this Court must address is whether strip searches of persons seeking to enter this country are reasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter* even if they do not satisfy the criteria established in *Hunter v. Southam Inc.*

The Crown urged this Court to accept the submission that customs represents an unusual situation and therefore that the requirements of *Hunter v. Southam Inc.* should not be applied to border searches. The Ontario Court of Appeal accepted this argument. That court held that it was not unreasonable for sovereign nations to restrain temporarily persons entering the country, nor was it unreasonable to search their persons to determine if they were bringing contraband into the country. The British Columbia Court of Appeal also accepted this position in *R. v. Jordan* (1984), 11 C.C.C. (3d) 565 (B.C.C.A.). In that case the accused was subjected to a strip search upon his return from Asia based on an informant's tip that he would be transporting illicit drugs. The court rejected the accused's s. 8 challenge to the validity of ss. 143 and 144 holding that the standard of reasonableness is much lower in respect of border searches. It expressly adopted the American

reconnu que ce critère pourrait être différent «[s]i le droit de l'État ne consistait pas simplement à appliquer la loi comme, par exemple, lorsque la sécurité de l'État est en cause, ou si le droit du particulier ne correspondait pas simplement à [d]es attentes en matière de vie privée comme, par exemple, lorsque la fouille ou la perquisition menace [l']intégrité physique» (p. 168).

Il est clair qu'en l'espèce les critères énoncés dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* n'ont pas été respectés. Les articles 143 et 144 n'exigent pas que les fouilles personnelles aient été autorisées préalablement par une personne agissant de façon judiciaire. Le critère selon lequel une fouille ou perquisition peut être effectuée en vertu de ces dispositions, savoir qu'il y ait raisonnablement lieu de supposer l'existence d'une infraction, est moins strict que l'existence de motifs raisonnables et probables, établie sous serment, exigée dans l'arrêt *Hunter*. Aucun mandat n'est exigé. La question sur laquelle doit se pencher la Cour consiste à savoir si la fouille à nu de personnes qui cherchent à entrer dans notre pays est raisonnable, au sens de l'art. 8 de la *Charte*, même si elle ne respecte pas les critères établis dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*

La poursuite a pressé cette Cour d'accepter la proposition que la situation aux douanes est inhabituelle, et que, par conséquent, les exigences posées dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* ne devraient pas s'appliquer aux fouilles exécutées à la frontière. La Cour d'appel de l'Ontario a accepté cet argument. Cette cour a statué qu'il n'est pas abusif pour des États souverains de retenir temporairement les personnes qui pénètrent dans leur territoire, et qu'il n'est pas non plus abusif de les soumettre à une fouille personnelle pour déterminer si elles apportent avec elles de la contrebande. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a aussi accepté ce point de vue dans l'arrêt *R. v. Jordan* (1984), 11 C.C.C. (3d) 565 (C.A.C.-B.) Dans cette affaire, l'accusé avait dû subir une fouille à nu à son retour d'Asie, un dénonciateur ayant prévenu qu'il transporterait des drogues illicites. La cour a rejeté la contestation fondée sur l'art. 8 de la *Charte*, que l'accusé

approach to the reasonableness of customs searches.

The Nova Scotia Supreme Court reached the opposite result in *R. v. Jagodic and Vajagic* (1985), 19 C.C.C. (3d) 305 (N.S.S.C.T.D.) That case concerned the constitutionality of s. 133 of the former *Customs Act* which permitted any collector or justice of the peace, upon information, to open and examine any package suspected to contain prohibited property or smuggled goods brought into the country. Acting on information from the United States, customs officers and the R.C.M.P. had searched a car being imported from Germany by Jagodic when it arrived at East Passage, Nova Scotia. Seven bags of cocaine were discovered hidden behind the door panels of the car. MacIntosh J. held that *Hunter v. Southam Inc.* established a minimum standard for all searches consistent with s. 8 of the *Charter* and accordingly found s. 133 in violation of that section. The judge, however, found the search of the car valid even though it had been conducted without a warrant since it was not feasible to obtain a warrant in the circumstances. Although his conclusion that the rights of the accused were not violated made a discussion of admissibility unnecessary, MacIntosh J. went on to consider the question of admissibility under s. 24(2) of the *Charter*. He was of the view that admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute.

The argument that customs searches need not comply with the standard enunciated in *Hunter v. Southam Inc.* has as its basis the proposition that reasonableness depends on the circumstances under which a particular search is conducted and that searches which ordinarily would not be reasonable in other circumstances are reasonable at customs. According to this argument, reasonableness cannot be determined solely by consider-

dirigeait contre la validité des art. 143 et 144, et elle a conclu que le critère du caractère raisonnable d'une fouille est beaucoup moins strict à l'égard des fouilles effectuées à la frontière. La cour a expressément adopté la façon américaine d'aborder le caractère raisonnable des fouilles effectuées aux douanes.

La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse est arrivée à la conclusion contraire dans l'arrêt *R. v. Jagodic and Vajagic* (1985), 19 C.C.C. (3d) 305 (C.S.N.-É.D.P.I.) Cette affaire concernait la constitutionnalité de l'art. 133 de l'ancienne *Loi sur les douanes* qui permettait à tout receveur ou juge de paix, sur dénonciation, d'ouvrir et d'examiner tout colis soupçonné de contenir des biens prohibés ou des effets de contrebande importés au pays. Alertés par les autorités américaines, les agents des douanes et la GRC avaient fouillé une voiture importée d'Allemagne par Jagodic lorsque celle-ci était arrivée à East Passage (Nouvelle-Écosse). On avait alors découvert, à l'intérieur des portières de la voiture, sept sacs de cocaïne. Le juge MacIntosh a statué que l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* avait établi un critère minimal applicable à toutes les fouilles qui était compatible avec l'art. 8 de la *Charte*, et il a conclu en conséquence que l'art. 133 violait l'art. 8. Cependant, le juge a déclaré valide la fouille de la voiture même si elle avait été effectuée sans mandat puisqu'il n'était pas possible d'obtenir un mandat dans les circonstances. Bien que sa conclusion que les droits de l'accusé n'avaient pas été violés ait rendu inutile une analyse de l'admissibilité de la preuve, le juge MacIntosh a tout de même étudié cette question de l'admissibilité au regard du par. 24(2) de la *Charte*. Il s'est dit d'avis que l'utilisation des éléments de preuve obtenus n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

L'argument selon lequel les fouilles effectuées aux douanes n'ont pas à respecter le critère énoncé dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* se fonde sur la thèse voulant que le caractère raisonnable d'une fouille dépende des circonstances dans lesquelles celle-ci se déroule, et que les fouilles qui seraient normalement abusives dans d'autres circonstances ne le sont pas aux douanes. Selon cet argument, le caractère raisonnable d'une fouille ne peut pas

ing the conduct leading up to the search, the performance of the actual search itself, and the degree of intrusion involved in the search. These factors must be assessed in light of the context in which the search is performed for an accurate appraisal of reasonableness.

The Crown finds support for a contextual approach to determining reasonableness under s. 8 of the *Charter* in *Hunter v. Southam Inc.* In *Hunter*, the Court noted that although the common law protections against government searches were rooted in the right to enjoyment of property and were related to the law of trespass, s. 8 was designed to protect a broader interest of personal privacy. The Court noted that the *Charter* did not, however, grant unqualified protection of individual privacy (at pp. 159-60):

The guarantee of security from unreasonable search and seizure only protects a reasonable expectation. This limitation on the right guaranteed by s. 8, whether it is expressed negatively as freedom from "unreasonable" search and seizure, or positively as an entitlement to a "reasonable" expectation of privacy, indicates that an assessment must be made as to whether *in a particular situation* the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement. [Italics added.]

In determining the reasonableness of a search, the Crown argued, it was essential to examine the expectation of privacy that would be reasonable given the peculiarities of the situation in which the search occurred. At customs, a different standard of reasonableness would be warranted for two reasons: persons seeking to enter a country have a lower expectation of privacy than they would in most other situations and, states have an important interest in preventing the entry of undesirable

s'apprécier uniquement en fonction de la conduite qui a incité à l'exécuter, de l'exécution de la fouille elle-même et de l'importance de l'immixtion dans la vie privée qu'elle a comportée. Ces facteurs doivent être évalués en fonction du contexte dans lequel se déroule la fouille, pour obtenir une juste appréciation du caractère raisonnable de cette dernière.

^b La poursuite trouve dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* un appui à sa thèse selon laquelle il faut tenir compte du contexte dans lequel se déroule une fouille ou une perquisition pour en apprécier le caractère raisonnable au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Dans l'arrêt *Hunter*, la Cour a souligné que même si la protection offerte par la *common law* contre les fouilles et les perquisitions effectuées par le gouvernement se fonde sur le droit de toute personne à la jouissance de ses biens et est liée au droit applicable en matière d'intrusion, l'art. 8 est destiné à protéger un droit plus large à la protection de la vie privée. La Cour a fait observer que la *Charte* n'accordait cependant pas ^c une protection illimitée au droit à la vie privée des particuliers (aux pp. 159 et 160):

La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu'une attente raisonnable. Cette limitation du droit garanti par l'art. 8, qu'elle soit exprimée sous la forme négative, c'est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies «abusives», ou sous la forme positive comme le droit de s'attendre «raisonnablement» à la protection de la vie privée, indique qu'il faut apprécier ^d si, *dans une situation donnée*, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi. [Les italiques sont ^e de moi.]

La poursuite a fait valoir qu'en déterminant le caractère raisonnable d'une fouille ou d'une perquisition, il était essentiel d'examiner la mesure dans laquelle un particulier pourrait raisonnablement s'attendre à la protection de sa vie privée, compte tenu des circonstances particulières dans lesquelles se déroule la fouille ou la perquisition. ⁱ Aux douanes, une norme de caractère raisonnable différente serait justifiée pour deux raisons: les attentes en matière de vie privée des gens qui ^j

persons and goods which justifies more intrusive procedures, particularly where the goods are prohibited narcotics not indigenous to the country.

It is true that a determination of reasonableness must depend to some degree on the circumstances in which a search is performed. In my view, however, it would be incorrect to place overwhelming emphasis on the surrounding circumstances when assessing reasonableness under s. 8. Regardless of the constraints inherent in the circumstances, the safeguards articulated in *Hunter v. Southam Inc.* should not be lightly rejected. Although *Hunter* did not purport to set down immutable preconditions for validity applicable to all searches, the Court arrived at the three minimum prior authorization requirements only after examining the values s. 8 is meant to protect. Foremost among these values is the interest in preventing unjustified searches before they occur. This is a basic value regardless of situational constraints. In light of the importance of preventing unjustified searches, departures from the *Hunter v. Southam Inc.* standards that will be considered reasonable will be exceedingly rare.

The crux of the Crown's argument is that the reasonableness of border searches within the meaning of s. 8 ought to be treated differently from searches occurring in other circumstances. The Crown relied heavily on the rationales articulated in American cases for carving out customs procedures as a general exception to standard search and seizure protections. The dominant theme uniting these cases is that border searches lacking prior authorization and based on a standard lower than probable cause are justified by the national interests of sovereign states in preventing

cherchent à entrer dans un pays sont moindres que dans la plupart des autres cas, et les États ont considérablement intérêt à empêcher que ne pénètrent dans leur territoire des personnes et des effets indésirables, ce qui justifie le recours à des procédures qui empiètent davantage sur la vie privée, particulièrement lorsque les effets en question sont des stupéfiants prohibés et non indigènes.

Il est vrai que la détermination du caractère raisonnable d'une fouille ou d'une perquisition doit dépendre dans une certaine mesure des circonstances dans lesquelles elle a lieu. À mon sens, toutefois, il serait erroné d'attacher une importance dominante aux circonstances qui entourent une fouille ou une perquisition lorsqu'il s'agit d'établir le caractère raisonnable selon l'art. 8. Quelles que soient les contraintes inhérentes aux circonstances, les garanties énoncées dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* ne devraient pas être écartées à la légère. En effet, bien que cet arrêt n'ait pas eu pour objet d'établir des conditions de validité immuables applicables à toutes les fouilles et perquisitions, la Cour a énoncé les trois exigences minimales d'autorisation préalable seulement après avoir examiné les valeurs que l'art. 8 vise à protéger. En tête de ces valeurs figure l'intérêt qu'il y a à empêcher les fouilles et les perquisitions injustifiées avant qu'elles ne se produisent. Il s'agit là d'une valeur fondamentale peu importe les contraintes imposées par les circonstances. Étant donné l'importance qu'il y a à prévenir les fouilles et les perquisitions injustifiées, les dérogations aux critères énoncés dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* qui seront considérées raisonnables sont extrêmement rares.

Le point capital de l'argument de la poursuite est que le caractère raisonnable, au sens de l'art. 8, des fouilles effectuées à la frontière devrait s'apprécier différemment de celui des fouilles effectuées dans d'autres circonstances. La poursuite s'est largement appuyée sur les raisonnements articulés par la jurisprudence américaine pour affirmer que les formalités douanières constituent une exception générale à la protection ordinaire accordée en matière de fouilles, de perquisitions et de saisies. Le thème dominant que l'on retrouve dans ces arrêts est que les fouilles effectuées à la fron-

the entry of undesirable persons and prohibited goods, and in protecting tariff revenue. These important state interests, combined with the individual's lowered expectation of privacy at an international border render border searches reasonable under the Fourth Amendment. In my view, the state interests enunciated throughout the American jurisprudence that are deemed to make border searches reasonable, are no different in principle from the state interests which are at stake in a Canadian customs search for illegal narcotics. National self-protection becomes a compelling component in the calculus.

I accept the proposition advanced by the Crown that the degree of personal privacy reasonably expected at customs is lower than in most other situations. People do not expect to be able to cross international borders free from scrutiny. It is commonly accepted that sovereign states have the right to control both who and what enters their boundaries. For the general welfare of the nation the state is expected to perform this role. Without the ability to establish that all persons who seek to cross its borders and their goods are legally entitled to enter the country, the state would be precluded from performing this crucially important function. Consequently, travellers seeking to cross national boundaries fully expect to be subject to a screening process. This process will typically require the production of proper identification and travel documentation and involve a search process beginning with completion of a declaration of all goods being brought into the country. Physical searches of luggage and of the person are accepted aspects of the search process where there are grounds for suspecting that a person has made a false declaration and is transporting prohibited goods.

tière sans autorisation préalable et fondées sur un critère moins strict que celui des motifs probables sont justifiées par l'intérêt qu'ont les États souverains à empêcher l'entrée dans leur territoire de personnes indésirables et de marchandises prohibées, et à protéger leurs revenus tarifaires. Ces intérêts nationaux importants, alliés au fait qu'aux frontières internationales les gens ont des attentes moindres en matière de vie privée, confèrent aux fouilles effectuées à la frontière un caractère raisonnable au sens du Quatrième amendement. À mon avis, les intérêts des États, énoncés dans la jurisprudence américaine, qui sont censés conférer aux fouilles effectuées à la frontière un caractère raisonnable, ne diffèrent pas en principe des intérêts nationaux qui sont en jeu dans le cadre des fouilles effectuées aux douanes canadiennes pour trouver des stupéfiants illégaux. La nécessité d'assurer sa propre protection devient un élément déterminant du calcul effectué.

J'accepte la proposition de la poursuite que les attentes raisonnables en matière de vie privée sont moindres aux douanes que dans la plupart des autres situations. En effet, les gens ne s'attendent pas à traverser les frontières internationales sans faire l'objet d'une vérification. Il est communément reconnu que les États souverains ont le droit de contrôler à la fois les personnes et les effets qui entrent dans leur territoire. On s'attend à ce que l'État joue ce rôle pour le bien-être général de la nation. Or, s'il était incapable d'établir que tous ceux qui cherchent à traverser ses frontières ainsi que leurs effets peuvent légalement pénétrer dans son territoire, l'État ne pourrait pas remplir cette fonction éminemment importante. Conséquemment, les voyageurs qui cherchent à traverser des frontières internationales s'attendent parfaitement à faire l'objet d'un processus d'examen. Ce processus se caractérise par la production des pièces d'identité et des documents de voyage requis, et il implique une fouille qui commence par la déclaration de tous les effets apportés dans le pays concerné. L'examen des bagages et des personnes est un aspect accepté du processus de fouille lorsqu'il existe des motifs de soupçonner qu'une personne a fait une fausse déclaration et transporte avec elle des effets prohibés.

In my view, routine questioning by customs officers, searches of luggage, frisk or pat searches, and the requirement to remove in private such articles of clothing as will permit investigation of suspicious bodily bulges permitted by the framers of ss. 143 and 144 of the *Customs Act*, are not unreasonable within the meaning of s. 8. Under the *Customs Act* searches of the person are not routine but are performed only after customs officers have formed reasonable grounds for supposing that a person has contraband secreted about his or her body. The decision to search is subject to review at the request of the person to be searched. Though in some senses personal searches may be embarrassing, they are conducted in private search rooms by officers of the same sex. In these conditions, requiring a person to remove pieces of clothing until such time as the presence or absence of concealed goods can be ascertained is not so highly invasive of an individual's bodily integrity to be considered unreasonable under s. 8 of the *Charter*.

I also emphasize that, according to the sections in question: (i) before any person can be searched the officer or person so searching must have reasonable cause to suppose that the person searched has goods subject to entry at the customs, or prohibited goods, secreted about his or her person and (ii) before any person can be searched, the person may require the officer to take him or her before a police magistrate or justice of the peace or before the collector or chief officer at the port or place who shall, if he or she sees no reasonable cause for search, discharge the person.

In light of the existing problems in controlling illicit narcotics trafficking and the important government interest in enforcing our customs laws, and in light of the lower expectation of privacy one has at any border crossing, I am of the opinion that ss. 143 and 144 of the *Customs Act* are not inconsistent with s. 8 of the *Charter*.

À mon sens, l'interrogatoire de routine auquel procèdent les agents des douanes, l'examen des bagages, la fouille par palpation et la nécessité de retirer en privé suffisamment de vêtements pour permettre l'examen des renflements corporels suspects, qui sont autorisés par les rédacteurs des art. 143 et 144 de la *Loi sur les douanes*, ne sont pas abusifs au sens de l'art. 8. En vertu de la *Loi sur les douanes*, les fouilles personnelles ne sont pas systématiques, elles sont effectuées seulement lorsque les agents des douanes ont raisonnablement lieu de supposer qu'une personne cache sur elle de la contrebande. La décision de procéder à une fouille peut faire l'objet d'une révision à la demande de la personne qui doit être fouillée. Bien qu'à certains égards les fouilles personnelles puissent être gênantes, elles sont effectuées en privé dans des pièces destinées à cette fin, par des agents du même sexe que la personne fouillée. Dans ces conditions, exiger d'une personne qu'elle retire des vêtements jusqu'à ce que la présence ou l'absence d'objets cachés puisse être établie, ce n'est pas attenter à son intégrité physique d'une façon qui puisse être considérée abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

Je souligne également que selon les articles en question: (i) avant qu'une personne puisse être fouillée, le préposé ou la personne qui effectue la fouille doit avoir raisonnablement lieu de supposer que la personne qui subit cette fouille peut avoir, cachés sur elle, des effets sujets à déclaration en douane, ou des articles prohibés, et (ii) avant qu'une personne puisse être fouillée, elle a la faculté d'exiger que le préposé la conduise devant un magistrat de police, ou un juge de paix, ou devant le receveur ou le préposé en chef du port ou lieu. Si l'un ou l'autre des susdits constate qu'il n'y a pas de motifs plausibles d'effectuer une fouille, il renvoie cette personne.

Vu les problèmes que pose la répression du trafic illégal des stupéfiants et l'intérêt important qu'a le gouvernement à appliquer nos lois douanières, et étant donné que les attentes en matière de vie privée des gens sont moindres lorsqu'il s'agit de passer une frontière, j'estime que les art. 143 et 144 de la *Loi sur les douanes* ne sont pas incompatibles avec l'art. 8 de la *Charte*.

Although I am of the opinion that ss. 143 and 144 of the *Customs Act* are not unreasonable and therefore do not infringe s. 8 of the *Charter*, I am not persuaded that the search itself was conducted in a reasonable manner. This point was not argued by counsel and strictly speaking, it is not necessary to address it. I wish, however, to make a few observations on the manner in which the search was conducted.

The personal search provisions of the *Customs Act* are notable in that they provide for a second authorization prior to the performance of a search. The second authorization is not *de rigueur* in all cases, but becomes mandatory upon request by the person to be searched. The *Customs Act* places no onus on the officers to inform persons about to be searched of their right to obtain a second opinion. There is, in fact, no onus on the officers to explain the limits of their authority under the *Customs Act* or with what demands a person detained at the border is required to comply. In the present appeal, the customs officials did not read the text of the personal search provisions to the appellant. The officials simply pointed to a sign on the wall containing the text of ss. 143 and 144. There is no evidence that the appellant read the provisions, much less understood them. There is no indication that the appellant knew of her right to demand a second authorization. What is clear is that the appellant was unsure of the officers' authority. Although she complied with their demands throughout, at one point during the search she asked whether it was really necessary for her to comply.

It is clear from the foregoing that the right to counsel has an important impact on the execution of the search. Had the appellant been informed of her right to counsel at the point she was detained, and she availed herself of that right, the appellant would have had the benefit of legal advice. Counsel could have dispelled the appellant's uncertainty surrounding the search procedure by explaining the content of ss. 143 and 144 and assuring the appellant of the officers' right to insist she remove

Bien que je sois d'avis que les art. 143 et 144 de la *Loi sur les douanes* ne sont pas abusifs et qu'ils ne contreviennent donc pas à l'art. 8 de la *Charte*, je ne suis pas convaincu que la fouille elle-même s'est effectuée de manière raisonnable. L'avocat n'a pas soulevé ce point et, à proprement parler, il n'est pas nécessaire de l'aborder. Je tiens cependant à faire quelques observations sur la manière dont la fouille a été effectuée.

Les dispositions de la *Loi sur les douanes* relatives aux fouilles personnelles sont remarquables en ce qu'elles prévoient l'obtention d'une seconde autorisation avant d'accomplir la fouille. Cette seconde autorisation n'est pas de rigueur dans tous les cas, mais elle devient obligatoire lorsque la personne qui doit être fouillée la demande. La *Loi sur les douanes* n'impose aux agents des douanes aucune obligation d'informer les personnes qui doivent subir une fouille de leur droit d'obtenir une deuxième opinion. En fait, les agents des douanes n'ont pas à expliquer les limites des pouvoirs que leur confère la *Loi sur les douanes* ni à quelles sommations une personne détenue à la frontière est tenue d'obtempérer. En l'espèce, les agents des douanes n'ont pas lu à l'appelante les dispositions relatives aux fouilles personnelles. Ils lui ont simplement indiqué la présence sur le mur d'une affiche sur laquelle figurait le texte des art. 143 et 144. Il n'y a aucune preuve que l'appelante a lu ces dispositions et, encore moins, qu'elle les a comprises. Rien n'indique que l'appelante était au courant de son droit d'exiger une seconde autorisation. Ce qui est clair c'est que l'appelante n'était pas sûre des pouvoirs des agents. Bien qu'elle se soit rendue en tout temps à leurs sommations, à un moment donné au cours de la fouille elle a demandé si elle était vraiment tenue d'obtempérer.

Il ressort nettement de ce qui précède que le droit à l'assistance d'un avocat a un effet important sur l'exécution d'une fouille. Si l'appelante avait été informée de son droit à l'assistance d'un avocat au moment où elle était détenue, et si elle avait exercé ce droit, elle aurait alors bénéficié des conseils d'un avocat. Ce dernier aurait pu dissiper l'incertitude dans laquelle était plongée l'appelante quant à la procédure de fouille, en lui expliquant le contenu des art. 143 et 144 et en lui certifiant que

her clothing. Counsel could also have ensured that the statutory standard of reasonable cause to suppose had been satisfied and assured the appellant that there were proper grounds to warrant a search. In my view, the denial of the appellant's right to counsel cannot avoid having an impact on the reasonableness of the subsequent search of the appellant.

Although the Court has not been asked to decide the point, I am of the view that the denial of the right to counsel in this case in conjunction with the absence of any explanation to the appellant of her rights under the *Customs Act* rendered the search unreasonable. The violation of the right to counsel deprived the appellant of her ability to exercise a legal right provided in the *Customs Act*. A search that might not have been conducted had the appellant had the benefit of legal advice was performed in circumstances in which the appellant was ignorant of her legal position. In my view, the violation of the right to counsel combined with the statutory right of prior authorization rendered the performance of the search unreasonable.

VII

Section 1 of the Charter

Having earlier found that the appellant's right under s. 10(b) of the *Charter* to retain and instruct counsel was infringed the next stage would ordinarily be to determine whether this violation may be justified under s. 1. I begin by noting that the Crown made no submissions on the point.

The *Customs Act* contains no express limitation on the right to counsel. There was no argument that a limitation on the right to counsel arises from necessary implication of law. The limit upon the appellant's right to retain and instruct counsel was not a limit imposed by law, but rather by the actions of customs officials. I am therefore of the view that the infringement of the appellant's rights

les agents des douanes avaient le droit d'exiger qu'elle enlève ses vêtements. L'avocat aurait pu également s'assurer que l'on avait satisfait à la norme des motifs raisonnables de supposer fixée par la Loi et certifier à l'appelante qu'il existait des motifs légitimes de procéder à une fouille. À mon avis, il est impossible que la négation du droit de l'appelante d'avoir recours à l'assistance d'un avocat n'influe pas sur le caractère raisonnable de la fouille qu'on lui a fait subir par la suite.

Bien qu'on n'ait pas demandé à la Cour de trancher cette question, je suis d'avis que la négation du droit à l'assistance d'un avocat en l'espèce, conjuguée à l'omission d'expliquer à l'appelante ses droits en vertu de la *Loi sur les douanes*, a rendu la fouille abusive. La violation du droit à l'assistance d'un avocat a empêché l'appelante d'exercer un droit conféré par la *Loi sur les douanes*. Une fouille, qui n'aurait peut-être pas eu lieu si l'appelante avait bénéficié des conseils d'un avocat, a été effectuée dans des circonstances où l'appelante ne connaissait pas ses droits. Selon moi, la violation du droit à l'assistance d'un avocat, conjuguée au droit conféré par la Loi d'exiger une autorisation préalable, a rendu l'exécution de la fouille abusive.

VII

L'article premier de la Charte

Comme j'ai déjà conclu qu'il y a eu violation du droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat conféré à l'appelante par l'al. 10b) de la *Charte*, la prochaine étape consisterait normalement à déterminer si cette violation peut se justifier en vertu de l'article premier. Je commence par souligner que la poursuite n'a fait aucune observation sur ce point.

La *Loi sur les douanes* n'impose aucune limite expresse au droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. On n'a pas soutenu que la restriction du droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat s'impose par voie d'interprétation nécessaire de la loi. La restriction du droit de l'appelante d'avoir recours à l'assistance d'un avocat constituait une limite imposée non pas par une règle de droit, mais plutôt par les actes des agents des douanes. Je suis par conséquent d'avis que la violation des droits

pursuant to s. 10(b) of the *Charter* has not been justified under s. 1.

I am also of the view that the violation of the appellant's s. 8 rights was not justified under s. 1 of the *Charter*. The violation of s. 8 occurred because the search was executed in an unreasonable manner. Like the violation of the appellant's right to counsel, the infringement of the appellant's right to be secure against unreasonable search and seizure resulted from the actions of customs officials. It was not a limitation imposed by law.

VIII

Section 24(2) of the *Charter*

The final question in this appeal is whether the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. As Lamer J. noted in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, the *Charter* enshrines a position with respect to evidence obtained in violation of *Charter* rights that falls between two extremes. Section 24(2) rejects the American rule that automatically excludes evidence obtained in violation of the Bill of Rights (see, for example, *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914), and *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961)). It also shuns the position at common law that all relevant evidence is admissible no matter how it was obtained (see *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272). Evidence may be excluded under s. 24(2) if having regard to all the circumstances, it is established that the admission of it would bring the administration of justice into disrepute. The person seeking to exclude the evidence bears the burden of persuading the Court, on a balance of probabilities, that admission of the evidence could bring the administration of justice into disrepute in the eyes of a reasonable person, "dispassionate and fully apprised of the circumstances of the case" (*Collins*, *supra*, at p. 282).

In *Collins*, Lamer J. canvassed the factors to be balanced by the Court in determining whether introducing the evidence into the proceedings

conférés à l'appelante par l'al. 10b) de la *Charte* n'est pas justifiée en vertu de l'article premier.

Je suis également d'avis que la violation des droits conférés à l'appelante par l'art. 8 n'était pas justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. Il y a eu violation de l'art. 8 parce que la fouille a été effectuée de manière abusive. Tout comme la violation de son droit à l'assistance d'un avocat, l'atteinte au droit de l'appelante à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives a découlé des actes posés par les agents des douanes. Il ne s'agissait pas d'une limite prescrite par une règle de droit.

VIII

Le paragraphe 24(2) de la *Charte*

La dernière question qui se pose dans ce pourvoi est de savoir si la preuve devrait être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Comme l'a noté le juge Lamer dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, la *Charte* enchâsse un point de vue situé entre deux extrêmes en ce qui concerne la preuve obtenue en violation des droits qu'elle garantit. Le paragraphe 24(2) rejette la règle américaine qui écarte automatiquement la preuve obtenue en violation du Bill of Rights (voir, par exemple, les arrêts *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914), et *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961)). Il évite également le point de vue en *common law* selon lequel tout élément de preuve pertinent est admissible peu importe la façon dont il a pu être obtenu (voir l'arrêt *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272). Les éléments de preuve peuvent être écartés en vertu du par. 24(2) s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Il incombe à la personne qui demande l'exclusion des éléments de preuve de persuader la Cour que, selon la prépondérance des probabilités, leur utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice aux yeux d'une personne raisonnable, «objecti[ve] et bien informé[e] de toutes les circonstances de l'affaire» (*Collins*, précité, à la p. 282).

Dans l'arrêt *Collins*, le juge Lamer a examiné attentivement les facteurs que la Cour doit soulever pour déterminer si l'utilisation des éléments de

would bring the administration of justice into disrepute. He organized the factors into three groups based on their effect on the repute of the justice system. The first set of factors are those relevant to the fairness of the trial. Evidence that might in some way affect the fairness of the trial would tend to bring the administration of justice into disrepute and in general should be excluded. Within this category, Lamer J. distinguished between the type of evidence obtained (at pp. 284-85):

It is clear to me that the factors relevant to this determination will include the nature of the evidence obtained as a result of the violation and the nature of the right violated and not so much the manner in which the right was violated. Real evidence that was obtained in a manner that violated the *Charter* will rarely operate unfairly for that reason alone. The real evidence existed irrespective of the violation of the *Charter* and its use does not render the trial unfair. However, the situation is very different with respect to cases where, after a violation of the *Charter*, the accused is conscripted against himself through a confession or other evidence emanating from him. The use of such evidence would render the trial unfair, for it did not exist prior to the violation and it strikes at one of the fundamental tenets of a fair trial, the right against self-incrimination. Such evidence will generally arise in the context of an infringement of the right to counsel. Our decisions in *Therens, supra*, and *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, are illustrative of this. The use of self-incriminating evidence obtained following a denial of the right to counsel will generally go to the very fairness of the trial and should generally be excluded.

The second set of factors concerns the seriousness of the *Charter* violation as defined by the conduct of the law enforcement authorities. In this category, an assessment of whether the breach was committed in good faith, whether it was one of a merely technical nature or whether it was deliberate and flagrant falls to be considered. Also within this category is the consideration of whether the *Charter* violation was motivated by circumstances of urgency or from fear of destruction of evidence. Finally, if other investigatory techniques had been available or if the evidence could have been obtained in a manner which would not have

preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Il a classé ces facteurs en trois groupes selon leur effet sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Le premier ensemble de facteurs comprend ceux qui se rapportent à l'équité du procès. Les éléments de preuve susceptibles de porter atteinte de quelque façon à l'équité du procès auraient tendance à déconsidérer l'administration de la justice et ils devraient généralement être écartés. Dans cette catégorie, le juge Lamer établit une distinction entre le genre d'éléments de preuve obtenus (aux pp. 284 et 285):

Selon moi, il est clair que les facteurs pertinents à l'égard de cette détermination comprennent la nature de la preuve obtenue par suite de la violation et la nature du droit violé, plutôt que la façon dont ce droit a été violé. Une preuve matérielle obtenue d'une manière contraire à la *Charte* sera rarement de ce seul fait une cause d'injustice. La preuve matérielle existe indépendamment de la violation de la *Charte* et son utilisation ne rend pas le procès inéquitable. Il en est toutefois bien autrement des cas où, à la suite d'une violation de la *Charte*, l'accusé est conscrit contre lui-même au moyen d'une confession ou d'autres preuves émanant de lui. Puisque ces éléments de preuve n'existaient pas avant la violation, leur utilisation rendrait le procès inéquitable et constituerait une attaque contre l'un des principes fondamentaux d'un procès équitable, savoir le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même. Ce genre de preuve se trouvera généralement dans le contexte d'une violation du droit à l'assistance d'un avocat. C'est ce qu'illustrent nos arrêts *Therens*, précité, et *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383. L'utilisation d'une preuve auto-incriminante obtenue dans le contexte de la négation du droit à l'assistance d'un avocat compromettra généralement le caractère équitable du procès même et elle doit en général être écartée.

Le second ensemble de facteurs à prendre en considération concerne la gravité de la violation de la *Charte*, appréciée en fonction de la conduite des autorités responsables de l'application de la loi. Dans cette catégorie, il y a lieu d'examiner si la violation a été commise de bonne foi, s'il s'agissait d'une simple irrégularité ou d'une violation intentionnelle et flagrante. Il convient aussi de déterminer si la violation a été motivée par une situation d'urgence ou par la crainte que des éléments de preuve ne soient détruits. Enfin, s'il avait été possible d'avoir recours à d'autres méthodes d'enquête ou d'obtenir la preuve d'une manière non contraire

infringed the *Charter*, the violation would tend to be construed as more serious.

The third set of factors recognizes the possibility that the administration of justice could be brought into disrepute by excluding evidence despite the fact that it was obtained in a manner that infringed the *Charter*. The decision to exclude evidence always represents a balance between the interests of truth on one side and the integrity of the judicial system on the other. In some cases the harm to the integrity of the judicial system resulting from excluding the evidence will be so great that exclusion and not admission will bring the administration of justice into disrepute. This would be the case if evidence necessary to substantiate a charge were excluded on the basis of a trivial *Charter* violation.

In this case there were ample "objective, articulable facts" (see *United States v. Guadalupe-Garza*, 421 F.2d 876 (9th Cir. 1970)) to support the customs officer's suspicion that the appellant was concealing something on her body for the purpose of bringing it into Canada illegally. The appellant was nervous, she had come from a country considered to be an important source of drugs, her means of identification and the story which accompanied it were suspect, and finally, bulging was obvious in the area of her upper abdomen.

The evidence obtained as a result of the strip search was real evidence that existed irrespective of the *Charter* violations. As Belzil J.A. observed in *R. v. Dumas* (1985), 23 C.C.C. (3d) 366 (Alta. C.A.), at p. 372:

What is sought to be excluded here is pre-existing physical evidence which the appellant was attempting to conceal to prevent its detection and rightful seizure . . .

Unlike the situation in *Therens*, *supra*, the accused here was in no way conscripted against herself. The admission of the evidence in this case, in contrast to *Therens*, would therefore not tend to affect adversely the fairness of the trial process. The customs officers acted in good faith based on

à la *Charte*, on aurait tendance à considérer la violation commise comme étant plus grave.

Le troisième ensemble de facteurs reconnaît la possibilité que l'administration de la justice soit déconsidérée par l'exclusion de la preuve en dépit du fait qu'elle a été obtenue d'une manière contraire à la *Charte*. La décision d'écarter des éléments de preuve met toujours en balance l'intérêt qu'il y a à découvrir la vérité d'une part, et l'intégrité du système judiciaire d'autre part. Dans certains cas, le préjudice causé à l'intégrité du système judiciaire par l'exclusion de la preuve sera si grand que ce sera l'exclusion et non l'utilisation de cette preuve qui aura pour effet de déconsidérer l'administration de la justice. Tel serait le cas si un élément de preuve nécessaire pour justifier l'accusation était écarté à cause d'une violation anodine de la *Charte*.

En l'espèce, il existait de nombreux [TRADUCTION] «faits objectifs et précis» (voir l'arrêt *United States v. Guadalupe-Garza*, 421 F.2d 876 (9th Cir. 1970)) justifiant l'agent des douanes de soupçonner que l'appelante cachait quelque chose sur elle dans le but de l'importer illégalement au Canada. L'appelante était nerveuse, elle arrivait d'un pays considéré comme étant une importante source de drogues, ses pièces d'identité et l'histoire qui s'y rapportait étaient suspectes, et finalement, un renflement était évident dans la partie supérieure de son abdomen.

La preuve obtenue par suite de la fouille à nu était une preuve matérielle qui existait indépendamment des violations de la *Charte*. Comme l'a fait remarquer le juge Belzil dans l'arrêt *R. v. Dumas* (1985), 23 C.C.C. (3d) 366 (C.A. Alb.), à la p. 372:

[TRADUCTION] Ce que l'on cherche à exclure en l'espèce est une preuve matérielle préexistante que l'appelant s'efforçait de cacher pour empêcher sa détection et sa saisie légitime . . .

Contrairement à ce qui s'est passé dans l'affaire *Therens*, précitée, l'accusée en l'espèce n'était aucunement conscrite contre elle-même. L'utilisation de la preuve en l'espèce, contrairement à la situation qui prévalait dans l'affaire *Therens*, n'aurait donc pas tendance à compromettre le carac-

accepted customs procedures. There was nothing deliberate or blatant in the denial of the appellant's rights. There is nothing to indicate that the customs officers treated the appellant in a discourteous fashion. In fact, the evidence reveals that the officers informed the appellant of her right to counsel as soon as they thought it was necessary to do so and gave her the opportunity to exercise that right. This Court held in *R. v. Sieben*, [1987] 1 S.C.R. 295, and *R. v. Hamill*, [1987] 1 S.C.R. 301, that constitutional invalidity of a search power does not render evidence inadmissible if the officers conducting the search have relied in good faith on the constitutionality of the provision. In this instance the customs officials were acting in accordance with existing statutory requirements. The breaches occurred not long after the *Charter* came into force and several years before the decision of this Court in *Therens* on the meaning of detention in s. 10(b). At the time of this search the decision of this Court in *Chromiak*, *supra*, stood for the proposition that investigative detentions of this sort were not detentions of the type requiring persons to be advised of their right to counsel.

Although the breach of the appellant's s. 10(b) and s. 8 rights were not strictly speaking trivial, in my opinion, for the reasons given, this is the kind of case where the evidence should be admitted. Exclusion of the evidence would tend to bring the administration of justice into disrepute.

I would emphasize as well that all five judges of the Ontario Court of Appeal, including Tarnopolsky J.A., were of the view that the admission of the evidence in question would not bring the administration of justice into disrepute.

In my view, the trial judge erred in excluding the evidence under s. 24(2). I would therefore dismiss the appeal and send the case back for a new trial. I would answer the constitutional questions in the following manner:

tère équitable du procès. Les agents des douanes ont agi de bonne foi, conformément à des formalités douanières acceptées. La négation des droits de l'appelante n'avait rien de délibéré ni de flagrant. Rien n'indique que les agents des douanes ont manqué de courtoisie envers l'appelante. En fait, la preuve révèle que les agents des douanes ont informé l'appelante du droit qu'elle avait de recourir à l'assistance d'un avocat dès qu'ils ont cru qu'il était nécessaire de le faire, et ils lui ont accordé la possibilité d'exercer ce droit. Cette Cour a statué dans les arrêts *R. c. Sieben*, [1987] 1 R.C.S. 295, et *R. c. Hamill*, [1987] 1 R.C.S. 301, que l'inconstitutionnalité d'un mandat de perquisition ne rend pas la preuve inadmissible si les agents de la paix qui ont procédé à la perquisition se sont fondés de bonne foi sur la constitutionnalité de la disposition qui les habilitait à agir. En l'espèce, les agents des douanes agissaient conformément à des exigences légales existantes. Les violations se sont produites peu après l'entrée en vigueur de la *Charte* et plusieurs années avant l'arrêt *Therens* de cette Cour, portant sur le sens du mot «détention» qui figure à l'al. 10b) de la *Charte*. Au moment où s'est déroulée la fouille en cause, l'arrêt *Chromiak*, précité, de cette Cour appuyait la proposition selon laquelle ce type de détention à des fins d'enquête ne constituait pas une détention exigeant que les personnes qui en font l'objet soient avisées de leur droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

Bien qu'à proprement parler les violations des droits conférés à l'appelante par l'al. 10b) et l'art. 8 n'aient pas été anodines, j'estime, pour les motifs donnés, qu'il s'agit d'un cas où la preuve devrait être admise. En effet, son exclusion aurait tendance à déconsidérer l'administration de la justice.

Je tiens d'ailleurs à souligner que les cinq juges de la Cour d'appel de l'Ontario, y compris le juge Tarnopolsky, étaient tous d'avis que l'utilisation de la preuve en question n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

À mon sens, le juge de première instance a commis une erreur en écartant la preuve en application du par. 24(2). Je suis par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi et de renvoyer l'affaire afin qu'un nouveau procès soit tenu. Je suis d'avis de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

1. Is a person who is required by a customs officer upon entering Canada to submit to a search of his or her person for contraband which is suspected of being secreted about his or her person, such search being pursuant to ss. 143 and 144 of the *Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40, detained within the meaning of s. 10 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, thereby requiring that such person be informed of the right to retain and instruct counsel without delay?

Answer: Yes.

2. Are sections 143 and 144 of the *Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40, inconsistent with a person's right to be secure against unreasonable search and seizure as guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and thereby of no force and effect to the extent of that inconsistency?

Answer: No.

3. If a failure to inform a person who is searched pursuant to ss. 143 and 144 of the *Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40, of his or her right to retain and instruct counsel without delay is in violation of s. 10 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is such a violation justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

4. If sections 143 and 144 of the *Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40, are found to be inconsistent with s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are these sections justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Question 4 does not require an answer.

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

L'HEUREUX-DUBÉ J.—I have had the opportunity of reading the reasons of the Chief Justice, and with respect I cannot agree with his disposition of the first question in this appeal.

The first constitutional question is set out as follows:

1. Is a person who is required by a customs officer upon entering Canada to submit to a search of his or her person for contraband which is suspected of

1. La personne qui, à son entrée au Canada, se voit demander par un agent des douanes, conformément aux art. 143 et 144 de la *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, chap. C-40, de se soumettre à une fouille personnelle parce qu'on la soupçonne de cacher de la contrebande sur elle, est-elle détenue au sens de l'art. 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ce qui imposerait que cette personne soit informée de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat?

Réponse: Oui.

2. Les articles 143 et 144 de la *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, chap. C-40, sont-ils incompatibles avec le droit d'une personne à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, inopérants dans la mesure de cette incompatibilité?

Réponse: Non.

3. Si l'omission d'informer une personne fouillée conformément aux art. 143 et 144 de la *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, chap. C-40, de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat viole l'art. 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cette violation est-elle justifiée par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

4. Si les articles 143 et 144 de la *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, chap. C-40, sont jugés incompatibles avec l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ces articles sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

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

Version française des motifs des juges McIntyre et L'Heureux-Dubé rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—J'ai pris connaissance des motifs du Juge en chef et, avec déférence, je ne puis souscrire à sa conclusion sur la première question que pose ce pourvoi.

La première question constitutionnelle est ainsi rédigée:

1. La personne qui, à son entrée au Canada, se voit demander par un agent des douanes, conformément aux art. 143 et 144 de la *Loi sur les douanes*,

being secreted about his or her person, such search being pursuant to ss. 143 and 144 of the *Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40, detained within the meaning of s. 10 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, thereby requiring that such person be informed of the right to retain and instruct counsel without delay?

In my opinion, the answer to this question must be in the negative.

The Chief Justice approached the issues in this case by distinguishing between three types of border searches. He found that the facts of this case fell within the second type:

The second type of border search is the strip or skin search of the nature of that to which the present appellant was subjected, conducted in a private room, after a secondary examination and with the permission of a customs officer in authority.

The Chief Justice limited his remarks to this second category. He found that detention under these circumstances constituted detention within the meaning of s. 10(b) of the *Charter*. I must state from the outset that I have serious reservations about the use of these categories to divide the issue. However, for the present purposes, I will limit my remarks to the second category as described by the Chief Justice.

I cannot agree with the Chief Justice as to the applicability of s. 10(b) in this case. Detention, for the purposes of s. 10(b) is defined by Le Dain J. of this Court in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at pp. 641-42:

The purpose of s. 10 of the *Charter* is to ensure that in certain situations a person is made aware of the right to counsel and is permitted to retain and instruct counsel without delay. The situations specified by s. 10—arrest and detention—are obviously not the only ones in which a person may reasonably require the assistance of counsel, but they are situations in which the restraint of liberty might otherwise effectively prevent access to counsel or induce a person to assume that he or she is unable to retain and instruct counsel. In its use of the word “detention”, s. 10 of the *Charter* is directed to a restraint of liberty other than arrest in which a person may reasonably require the assistance of counsel but might be prevented or impeded from retaining and

S.R.C. 1970, chap. C-40, de se soumettre à une fouille personnelle parce qu'on la soupçonne de cacher de la contrebande sur elle, est-elle détenue au sens de l'art. 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ce qui imposerait que cette personne soit informée de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat?

J'estime que la réponse à cette question doit être négative.

Le Juge en chef a abordé les questions ici en litige en établissant une distinction entre trois types de fouilles effectuées à la frontière. Il a déterminé que les faits en l'espèce relèvent du second type:

Le second type de fouille effectuée à la frontière est la fouille à nu comme celle à laquelle a été soumise l'appelante en l'espèce. Cette fouille est effectuée dans une pièce fermée, après un examen secondaire et avec la permission d'un agent des douanes occupant un poste d'autorité.

Le Juge en chef a limité ses remarques à cette seconde catégorie. Selon lui, la détention dans ces circonstances constitue une détention au sens de l'al. 10b) de la *Charte*. Je dois dire dès le départ que j'ai de sérieuses réserves sur l'utilité de ces catégories dans l'examen de la question qui nous est soumise. Toutefois, aux fins des présentes, je restreindrai mon opinion à la seconde catégorie telle que décrite par le Juge en chef.

Je ne saurais partager l'opinion du Juge en chef sur l'applicabilité de l'al. 10b) en l'espèce. Le juge Le Dain de cette Cour a défini le mot «détention» aux fins de l'al. 10b), dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, aux pp. 641 et 642:

L'article 10 de la *Charte* vise à assurer que, dans certaines situations, une personne soit informée de son droit à l'assistance d'un avocat et qu'elle puisse obtenir cette assistance sans délai. Il est évident que les cas (l'arrestation et la détention) mentionnés expressément à l'art. 10 ne sont pas les seuls où une personne peut avoir raisonnablement besoin de l'assistance d'un avocat, mais qu'il s'agit de situations où l'entrave à la liberté pourrait, par ailleurs, avoir pour effet de rendre impossible l'accès à un avocat ou d'amener une personne à conclure qu'elle n'est pas en mesure d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. En utilisant le mot «détention», l'art. 10 de la *Charte* vise une entrave à la liberté autre qu'une arrestation par suite de laquelle une personne

instructing counsel without delay but for the constitutional guarantee.

In addition to the case of deprivation of liberty by physical constraint, there is in my opinion a detention within s. 10 of the *Charter* when a police officer or other agent of the state assumes control over the movement of a person by a demand or direction which may have significant legal consequence and which prevents or impedes access to counsel.

With respect for the contrary opinion, I cannot accept the contention that this definition goes so far as to cover a search by a customs officer who carries out the routine procedures included in the Chief Justice's second category in order to prevent the illegal importation of goods and substances into Canada.

In considering the question of detention, a distinction must be made between a search which occurs within Canada, and one which occurs when an individual attempts to gain admission to this country. Persons entering Canada, whether they be citizens or not, are placed in a unique legal situation at the point at which they enter the country.

As noted by Howland C.J.O., individuals arriving at the border are subject to a form of restraint from the outset, in that they will be denied entry to the country until the immigration and customs officials are satisfied that they have a right to enter and that the goods and substances which they have in their possession are such as can be legally brought into Canada. The most common form of this restraint is the "routine questioning" which falls into the Chief Justice's first category. In the opinion of the Chief Justice, no *Charter* issues are raised in these circumstances. Where I would differ with the Chief Justice is in drawing the line after this first category. A more detailed search of the person of the individual entering the country is a standard and necessary part of border inspection procedures whenever there is, as stipulated in s. 143 of the *Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40, a "reasonable cause to suppose that the person searched has goods subject to entry at the customs, or prohibited goods, secreted about his

peut raisonnablement avoir besoin de l'assistance d'un avocat, mais pourrait, en l'absence de cette garantie constitutionnelle, être empêchée d'y avoir recours sans délai.

^a Outre le cas où il y a privation de liberté par contrainte physique, j'estime qu'il y a détention au sens de l'art. 10 de la *Charte* lorsqu'un policier ou un autre agent de l'État restreint la liberté d'action d'une personne au moyen d'une sommation ou d'un ordre qui peut entraîner des conséquences sérieuses sur le plan juridique et qui a pour effet d'empêcher l'accès à un avocat.

^b En toute déférence pour l'opinion contraire, je ne puis accepter la proposition que cette définition a une portée aussi étendue qu'elle aille jusqu'à s'appliquer aux fouilles effectuées par un agent des douanes qui procède aux formalités habituelles, comprises dans la seconde catégorie énoncée par le Juge en chef, afin d'empêcher l'importation illégale de marchandises et de substances au Canada.

^c En considérant la question de la détention, il y a lieu de distinguer entre une fouille effectuée au Canada et une autre qui a lieu lorsqu'un individu tente d'entrer au pays. Les personnes qui entrent au Canada, qu'il s'agisse ou non de citoyens, sont placées dans une situation juridique unique à leur point d'entrée au pays.

^d Comme l'a noté le juge en chef Howland de l'Ontario, les personnes qui se présentent à la frontière sont assujetties dès le départ à une forme de contrainte, en ce sens qu'il ne leur sera pas permis d'entrer au pays tant que les fonctionnaires de l'immigration et des douanes ne seront pas convaincus qu'elles ont le droit de le faire et que les marchandises et les substances qu'elles ont en leur possession peuvent être légalement importées au Canada. La forme la plus commune de cette contrainte est «l'interrogatoire de routine» qui relève de la première catégorie mentionnée par le Juge en chef. Selon le Juge en chef, la *Charte* n'a pas d'application dans ces circonstances. Là où je diverge d'opinion avec le Juge en chef, c'est lorsqu'il s'agit de déterminer où on doit tirer la ligne une fois cette première étape passée. Une fouille plus poussée de la personne du voyageur qui entre au pays fait nécessairement partie des formalités d'inspection habituelles à la frontière lorsqu'il y a, comme le prévoit l'art. 143 de la *Loi sur les*

person.” In the words of Howland C.J.O. (1984), 7 D.L.R. (4th) 719, at pp. 740-41:

If a person reasonably arouses suspicion by giving the appearance of concealing something on his or her person, then he or she must expect to be asked to remove sufficient clothing to confirm or dispel this suspicion.

The person required to undergo a strip search in these circumstances is not detained within the meaning of s. 10(b) of the *Charter*.

The true meaning of detention must come from the *Charter* and its purpose and intent. In my view, the *Therens* definition would be overly broad if it was intended to cover situations at the border. The right to counsel is primarily aimed at preventing the accused or detained person from incriminating herself. Thus the main concern would be with coerced or uninformed confessions. In such circumstances, the accused would be manufacturing the evidence against herself. This is something which, in the interests of fairness, the right to counsel would seek to protect. However, a customs search occurs under circumstances where the person being searched is not in a position where she could manufacture evidence. She is not being interrogated; she is merely being searched, just as one is searched before boarding a commercial airplane on a Canadian airline. The “right to counsel” has less meaning in these circumstances. A further purpose of the right to counsel is illustrated by the *Therens* case. There, the detained person had two choices. He could submit to the test and manufacture evidence against himself, or he could refuse the test and be subject to criminal sanctions for his refusal. In such circumstances, the presence of counsel would have been necessary to inform him of his rights under each alternative, and to advise him of the best option. Again, this type of situation does not arise in a border search, although the person being searched does have a right to “appeal” the search to a higher customs authority, as provided in ss. 143 and 144 of the

douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40, «raisonnablement lieu de supposer que la personne qui subit la visite peut avoir, cachés sur elle, des effets sujets à déclaration en douane, ou des articles prohibés».

^a Comme l’écrit le juge en chef Howland (1984), 7 D.L.R. (4th) 719, aux pp. 740 et 741:

[TRADUCTION] Celui ou celle qui éveille des soupçons raisonnables en donnant l’impression de dissimuler quelque chose sur sa personne doit s’attendre à ce qu’on lui demande de se dévêtir suffisamment pour confirmer ou infirmer les soupçons suscités.

La personne tenue de subir une fouille à nu dans ces circonstances n’est pas détenue au sens de l’al. ^c 10b) de la *Charte*.

Le sens véritable du mot «détention» doit découler de la *Charte*, de son but, de son intention. À mon avis, la définition donnée dans l’arrêt *Therens* ^d serait excessivement large si on entendait l’appliquer à des situations comme celles rencontrées à la frontière. Le droit à l’assistance d’un avocat vise principalement à empêcher un accusé ou une personne détenue de s’incriminer. Ce droit vise donc ^e surtout à prévenir les aveux faits par ignorance ou obtenus par contrainte. Dans de telles circonstances, la personne accusée fabriquerait des éléments de preuve contre elle-même. C’est là un résultat que, par souci d’équité, le droit à l’assistance d’un avocat cherche à éviter. Toutefois, la fouille aux douanes a lieu dans des circonstances où la personne qui en fait l’objet n’est pas en mesure de fabriquer des éléments de preuve. Elle ^f n’est pas interrogée; elle est simplement fouillée, tout comme quelqu’un est fouillé avant de monter à bord d’un vol commercial d’une compagnie aérienne canadienne. Le «droit à l’assistance d’un avocat» revêt une signification moindre dans ces ^g circonstances. L’affaire *Therens* illustre un tout autre objectif du droit à l’assistance d’un avocat. Dans cette affaire, un choix s’offrait à la personne détenue: elle pouvait se soumettre à l’alcooltest et fabriquer contre elle un élément de preuve ou elle ⁱ pouvait refuser de se soumettre à l’alcooltest et s’exposer de ce fait à des sanctions criminelles. Dans de telles circonstances, la présence d’un avocat aurait été nécessaire pour informer la personne détenue de ses droits à l’égard des deux ^j lignes de conduite possibles et pour la conseiller sur la meilleure option. Ce genre de situation ne se

Customs Act, of which the appellant was made aware.

The purpose of the right to counsel is discussed by Peter Michalyshyn in his article "The Charter Right to Counsel: Beyond *Miranda*" (1987), 25 *Alta. L. Rev.* 190. He quotes from the judgment of Wilson J. in *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, at p. 191 of his article:

In *Clarkson v. The Queen* Wilson J. stated that "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," and later, "... the purpose of the right, as indicated by each of the members of the court in *Therens, supra*, is to ensure that the accused is treated fairly in the criminal process."

A border search is not part of the criminal process, but rather part of the process of entering into the country. The searched person's right to counsel would arise if and when she was placed under custody as part of the criminal process.

Michalyshyn also compares the s. 10(b) right with the similar American right (at p. 191):

[I]n the United States the right to counsel ensures that the individual facing custodial interrogation (in Canada we would substitute "arrest or detention") is informed of his rights so as to make a "free and rational choice whether to incriminate himself." In short, the right to counsel ensures, in certain well-defined circumstances, the individual's right against self-incrimination.

Using this sort of analysis, it is possible to distinguish the two types of situations. In a border search, the issue is not one of self-incrimination. The individual is not facing "custodial interrogation". In my view, the right to counsel was chiefly intended for that type of situation.

présente toutefois pas dans le cadre d'une fouille à la frontière, bien que la personne qui fait l'objet de la fouille puisse en «appeler» auprès d'autorités douanières supérieures, conformément aux art.

^a 143 et 144 de la *Loi sur les douanes*, dont l'appelante a été amenée à prendre connaissance.

Peter Michalyshyn, dans un article intitulé «The Charter Right to Counsel: Beyond *Miranda*» ^b (1987), 25 *Alta. L. Rev.* 190, traite de l'objectif du droit à l'assistance d'un avocat. À la page 191 de son article, il cite un extrait des motifs rédigés par le juge Wilson dans l'affaire *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383:

^c [TRADUCTION] Dans l'arrêt *Clarkson c. La Reine*, le juge Wilson a dit que «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», et plus loin, que «Le but de ce droit est . . . , comme l'ont indiqué tous les juges de cette ^d Cour qui ont rédigé des motifs dans l'arrêt *Therens*, précité, d'assurer que l'accusé est traité équitablement dans les procédures criminelles.»

^e Une fouille effectuée à la frontière fait partie non pas du processus criminel, mais plutôt des formalités d'entrée au pays. La personne fouillée aurait certes droit à l'assistance d'un avocat si elle était placée sous garde dans le cadre de procédures ^f criminelles.

Michalyshyn compare aussi le droit conféré par l'al. 10b) au droit semblable qui existe aux États-Unis (à la p. 191):

^g [TRADUCTION] [A]ux États-Unis, c'est le droit à l'assistance d'un avocat qui garantit que la personne faisant face à un interrogatoire sous garde (au Canada, on parlerait d'arrestation ou de détention) doit être informée de ses droits de façon à «décider librement et de façon rationnelle si elle va s'auto-incriminer.» ^h Bref, le droit à l'assistance d'un avocat garantit, dans certaines circonstances bien précises, le droit de l'individu contre l'auto-incrimination.

ⁱ À partir de ce genre d'analyse, il est possible d'établir une distinction entre les deux genres de situations. En matière de fouilles à la frontière, la question qui se pose n'en est pas une d'auto-incrimination. La personne soumise à la fouille ne fait ^j pas face à un «interrogatoire sous garde». À mon sens, le droit à l'assistance d'un avocat vise principalement ce genre de situation.

Therefore, given the purpose of the right to counsel, s. 10(b) clearly does not apply to a border search. The person required to undergo a strip search in these circumstances is not detained within the meaning of s. 10(b) of the *Charter*.

I do not suggest, however, that no right to counsel can ever arise in searches which occur at ports of entry. Where the purpose of the detention, interrogation, or search arises in criminal proceedings, as distinct from those concerning entry into the country, the *Charter* protection against unreasonable search and seizure and the right to counsel will apply. Individuals arriving at customs, however, in electing to travel outside the country or in seeking entry for the first time, have implicitly chosen to submit to the rules and procedures for leaving and entering the country. They expect, and are expected, to submit to a certain degree of inspection of their baggage, and in some cases, their person. Their situation is distinguishable from one where an individual is stopped or detained in the course of his or her normal activities within Canadian territory. It is incidents of this latter nature to which, in my view, the definition in *Therens* was meant to apply.

The same issue has arisen in the United States under the American Constitution. The Chief Justice has canvassed the American jurisprudence on this point and I see no necessity to go through it again at length. I intend merely to highlight certain elements of the American case law.

The Fourth Amendment protection against unreasonable search and seizure has been held in the United States not to extend to border searches. The United States Supreme Court justified this exception on the basis of national interest and the unique situation. In the words of Rehnquist J. in *United States v. Ramsey*, 431 U.S. 606 (1977), at p. 619:

Par conséquent, compte tenu de l'objet du droit à l'assistance d'un avocat, il est clair que l'al. 10b) ne s'applique pas aux fouilles effectuées à la frontière. La personne tenue de se soumettre à une fouille à nu dans ces circonstances n'est pas détenue au sens de l'al. 10b) de la *Charte*.

Je ne suggère toutefois pas que le droit à l'assistance d'un avocat ne peut jamais exister dans le cas d'une fouille effectuée à un point d'entrée au pays. La protection assurée par la *Charte* contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives et le droit à l'assistance d'un avocat s'appliqueront si l'objet de la détention, de l'interrogatoire ou de la fouille ou perquisition se situe dans le cadre de procédures criminelles, par opposition aux formalités d'entrée au pays. Mais les personnes qui se présentent aux douanes ont, en choisissant de voyager à l'étranger ou en cherchant à entrer au pays pour la première fois, choisi implicitement de se soumettre aux règles et aux formalités applicables à ceux qui quittent le pays ou qui y entrent. Ces personnes s'attendent à faire l'objet d'un examen plus ou moins poussé de leurs bagages et, dans certains cas, de leur personne, et on s'attend à ce qu'elles se plient à cette formalité. Cette situation se distingue de celle où une personne est retenue ou détenue dans le cours de ses activités normales en territoire canadien. J'estime que c'est à ce dernier genre d'incident que la définition donnée dans l'arrêt *Therens* était destinée à s'appliquer.

La même question s'est posée aux États-Unis sous le régime de la Constitution américaine. Le Juge en chef a examiné la jurisprudence américaine sur ce point, et je n'estime pas nécessaire de m'y attarder longuement à mon tour; aussi me contenterai-je simplement d'en souligner certains éléments.

Selon la jurisprudence américaine, la protection offerte par le Quatrième amendement contre les saisies et les perquisitions déraisonnables ne s'applique pas aux fouilles effectuées à la frontière. La Cour suprême des États-Unis a justifié cette exception par l'intérêt national et le caractère exceptionnel de la situation visée. Comme l'a affirmé le juge Rehnquist, dans l'arrêt *United States v. Ramsey*, 431 U.S. 606 (1977), à la p. 619:

Border searches, then, from before the adoption of the Fourth Amendment, have been considered to be "reasonable" by the single fact that the person or item in question had entered into our country from outside.

On the question of national interest, the U.S. Supreme Court in *Carroll v. United States*, 267 U.S. 132 (1925), stated, at pp. 153-54:

Travellers may be so stopped in crossing an international boundary because of national self protection reasonably requiring one entering the country to identify himself as entitled to come in, and his belongings as effects which may be lawfully brought in.

These considerations are crucial in drawing a distinction between stopping a person at the border and detaining someone within the country. They are also significant in underlining the valid national interests behind any distinction. Customs officials at border crossings are, in most cases, the last possible check on the importation of harmful and illicit substances into the country. There is no question that the importation of drugs into this country from abroad contributes significantly to a problem which is of serious national concern. The scope of this problem, in the context of the border situation, is highlighted by Howland C.J.O., *supra*, at p. 725:

By agreement of counsel, evidence was furnished by Superintendent Wilson that between April 1, 1982 and March 31, 1983, there were 442 drug seizures at the Toronto International Airport, of which 80% were *cannabis* seizures from Jamaica flights.

It is my view that the same circumstances and conditions which have moved the American courts to exempt border searches from the Fourth Amendment protection are operative here. I would agree with the majority that ss. 143 and 144 of the *Customs Act* are not unreasonable and therefore do not infringe s. 8 of the *Charter*. In my view, the appellant was sufficiently informed of her right to appeal the search to a higher customs authority when she was shown the text of ss. 143 and 144. Because of this and because I find that the accused

[TRADUCTION] Alors, dès avant l'adoption du Quatrième amendement, les fouilles et perquisitions pratiquées à la frontière étaient considérées comme «raisonnables» du simple fait que la personne ou l'article qui était entré dans notre pays venait de l'extérieur.

Sur la question de l'intérêt national, la Cour suprême des États-Unis s'est prononcée ainsi dans l'arrêt *Carroll v. United States*, 267 U.S. 132 (1925), aux pp. 153 et 154:

[TRADUCTION] Les voyageurs peuvent être ainsi arrêtés en traversant une frontière internationale parce qu'il est raisonnable que le pays se protège lui-même en exigeant que les personnes qui y entrent démontrent leur droit d'entrer au pays et que leurs effets sont des objets qui peuvent être introduits légalement au pays.

Ces considérations sont cruciales en ce qui concerne la distinction entre retenir une personne à la frontière et la détenir à l'intérieur du pays. Elles sont aussi importantes pour apprécier les intérêts nationaux substantiels qui sous-tendent toute distinction. Les agents des douanes à la frontière sont, dans la plupart des cas, le dernier rempart qui peut freiner l'importation de substances dangereuses ou illicites. Il ne fait aucun doute que l'importation au Canada de drogues provenant de l'étranger contribue de façon significative à un problème sérieux de dimension nationale. Le juge en chef Howland de l'Ontario, précité, à la p. 725, en a souligné l'étendue dans le contexte de situations rencontrées à la frontière:

[TRADUCTION] Suivant une entente intervenue entre les avocats, il a été mis en preuve, par le surintendant Wilson, qu'entre le 1^{er} avril 1982 et le 31 mars 1983, 442 saisies de drogue ont eu lieu à l'aéroport international de Toronto, dont 80 pour 100 étaient des saisies de cannabis importé à bord de vols en provenance de la Jamaïque.

Je suis d'avis que les mêmes circonstances et conditions qui ont amené les tribunaux américains à exempter les fouilles à la frontière de la protection accordée par le Quatrième amendement s'appliquent en l'espèce. Je souscris à l'opinion des juges de la majorité selon laquelle les art. 143 et 144 de la *Loi sur les douanes* ne sont pas abusifs et ne contreviennent donc pas à l'art. 8 de la *Charte*. J'estime que l'appelante a été suffisamment informée de son droit d'en appeler de la fouille auprès des autorités douanières supérieures,

was not detained within the meaning of s. 10(b) of the *Charter*, I cannot agree with the majority's position that the search was conducted in an unreasonable manner.

Thus, while I concur in the result reached by the majority of the Court, for the reasons above, I respectfully disagree with the finding that the appellant was detained within the meaning of s. 10(b) of the *Charter*.

Consequently, I would answer the constitutional questions as follows:

Question 1: No.

Question 2: No.

Questions 3 and 4: Do not require an answer.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—I have had the benefit of the reasons of both the Chief Justice and Justice L'Heureux-Dubé and I am in agreement with the result reached by the Chief Justice and with some of his reasons.

I agree with the Chief Justice that the appellant was "detained" within the meaning of s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* when she was forced to submit to a strip search and that she should have been informed of her right to retain and instruct counsel at that time. I also agree with the Chief Justice that ss. 143 and 144 of the *Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40, are not inconsistent with s. 8 of the *Charter*. I agree with him also that the admission of the evidence of the drugs found on the person of the appellant as a result of the strip search would not "bring the administration of justice into disrepute" within the meaning of s. 24(2).

I prefer, however, to give my own reasons on the reasonableness of the strip search under s. 8.

The constitutionality of the strip search of the appellant cannot, in my view, be determined solely on the basis of whether there has been compliance with the statutory search provisions of ss. 143 and

lorsqu'on lui a indiqué le texte des art. 143 et 144. Pour cela et vu ma conclusion que l'accusée n'a pas été détenue au sens de l'al. 10b) de la *Charte*, je ne puis souscrire au point de vue de la majorité de la Cour selon lequel la fouille a été effectuée de manière abusive.

Ainsi, bien que je sois d'accord avec le résultat auquel est parvenue la majorité de la Cour, avec déférence et pour les raisons déjà exposées, je ne partage pas la conclusion que l'appelante a été, ici, détenue au sens de l'al. 10b) de la *Charte*.

En conséquence, je répondrais aux questions constitutionnelles comme suit:

Question 1: Non.

Question 2: Non.

Questions 3 et 4: Ne demandent pas de réponse.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs rédigés par le Juge en chef et le juge L'Heureux-Dubé, et je souscris à la conclusion à laquelle arrive le Juge en chef ainsi qu'à certains de ses motifs.

Je reconnais avec le Juge en chef que l'appelante était «détenue» au sens de l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* lorsqu'elle a été forcée de se soumettre à une fouille à nu et qu'on aurait alors dû l'informer de son droit à l'assistance d'un avocat. Je conviens aussi avec le Juge en chef que les art. 143 et 144 de la *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, chap. C-40, ne sont pas incompatibles avec l'art. 8 de la *Charte*. Je suis également d'accord avec lui pour dire que l'admission en preuve des drogues trouvées sur la personne de l'appelante par suite de la fouille à nu n'est pas susceptible de «déconsidérer l'administration de la justice» au sens du par. 24(2).

Je préfère toutefois exposer mes propres motifs concernant le caractère raisonnable de la fouille à nu selon l'art. 8.

La constitutionnalité de la fouille à nu de l'appelante ne saurait, à mon avis, être établie uniquement en fonction du respect des dispositions relatives aux fouilles contenues aux art. 143 et 144 de la

144 of the *Customs Act*. These statutory provisions must be read in conjunction with the obligation under s. 10(b) of the *Charter* to inform those who are detained of their right to retain and instruct counsel without delay and to respect that right. I say that because in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, this Court stated at p. 621 that any limit on the constitutionally guaranteed right to counsel, if it is to be valid under s. 1 of the *Charter*, has to be "prescribed by law". Le Dain J. went on to explain what this meant at p. 645:

The requirement that the limit be prescribed by law is chiefly concerned with the distinction between a limit imposed by law and one that is arbitrary. The limit will be prescribed by law within the meaning of s. 1 if it is expressly provided for by statute or regulation, or results by necessary implication from the terms of a statute or regulation or from its operating requirements.

In *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640, the Court, speaking through Le Dain J., unanimously adopted his view at p. 651:

I remain of the view that a limit prescribed by law within the meaning of s. 1 may result by implication from the terms of a legislative provision or its operating requirements. It need not be an explicit limitation of a particular right or freedom.

There is no such limit on the appellant's s. 10(b) rights, either expressed in ss. 143 and 144 of the *Customs Act* or necessarily implied from the terms of these sections or from their operating requirements. There is nothing in these sections which is incompatible with the right to counsel, nor do their operating requirements preclude such right. Section 143 of the *Customs Act* permits a search when the customs officer "has reasonable cause to suppose that the person searched has . . . prohibited goods, secreted about his person". Section 144 provides "[b]efore any person can be searched, the person may require the officer to take him before a police magistrate or justice of the peace, or before the collector or chief officer at the port or place, who shall, if he sees no reasonable cause for search, discharge the person". These statutory provisions do not purport to impose a limit or

Loi sur les douanes. Ces dispositions doivent être rapprochées de l'obligation qu'impose l'al. 10b) de la *Charte* d'informer les personnes qui sont détenues de leur droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et de respecter ce droit. Je dis cela parce que, dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, cette Cour a affirmé, à la p. 621, que pour être valide en vertu de l'article premier de la *Charte*, toute restriction du droit à l'assistance d'un avocat, garanti par la Constitution, doit être prescrite «par une règle de droit». Le juge Le Dain explique ensuite ce que cela signifie, à la p. 645:

L'exigence que la restriction soit prescrite par une règle de droit vise surtout à faire la distinction entre une restriction imposée par la loi et une restriction arbitraire. Une restriction est prescrite par une règle de droit au sens de l'art. 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d'une loi ou d'un règlement, ou de ses conditions d'application.

Dans l'arrêt *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, la Cour, s'exprimant par l'intermédiaire du juge Le Dain, a adopté à l'unanimité son point de vue, à la p. 651:

Je suis toujours d'avis qu'une restriction prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier peut découler implicitement des termes d'une disposition législative ou de ses conditions d'application. Il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse d'une restriction explicite d'un droit ou d'une liberté en particulier.

Aucune restriction de ce genre n'est imposée au droit garanti à l'appelante par l'al. 10b), que ce soit une restriction exprimée aux art. 143 et 144 de la *Loi sur les douanes* ou une restriction qui découle nécessairement des termes de ces articles ou de leurs conditions d'application. Il n'y a rien dans ces articles qui soit incompatible avec le droit à l'assistance d'un avocat, pas plus que leurs conditions d'application n'empêchent l'exercice de ce droit. L'article 143 de la *Loi sur les douanes* permet une fouille lorsque l'agent des douanes «a raisonnablement lieu de supposer que la personne qui subit la visite peut avoir, cachés sur elle, [. . .] des articles prohibés.» L'article 144 prévoit qu'«[a]vant qu'une personne puisse être fouillée, elle a la faculté d'exiger que le préposé la conduise devant un magistrat de police, ou un juge de paix, ou devant le receveur ou le préposé en chef du port

attempt to preclude resort to the right to counsel and are completely compatible with the appellant's s. 10(b) rights. Yet the appellant was not afforded the opportunity to contact her counsel before she was strip searched.

As the Chief Justice points out, the appellant was detained during the strip search in the sense that she was not free to leave and was subject to external restraint and control throughout the strip search. The appellant was denied her right to retain and instruct counsel without delay and her right to be informed of that right. Only after the search disclosed the presence of drugs on her person and she was arrested for importing narcotics was she informed of her right to counsel and did in fact telephone counsel.

In my view, the violation of the appellant's s. 10(b) rights prior to the search renders the search unconstitutional given the complete compatibility of the authorizing statutory search provisions with the right to retain and instruct counsel without delay which is guaranteed in the Constitution. An unconstitutional search cannot be a reasonable one.

Although the unconstitutionality of the search renders the search *per se* unreasonable, I would add that the manner in which the search was conducted in this case was also unreasonable in light of the values and purposes protected by s. 8 of the *Charter*. It is, in my view, unreasonable for a detained person to be simply directed to a sign on the wall of a search room setting out the legal provisions which authorize the search of his or her person. It is hardly surprising on the facts of this case that there is no indication that the appellant even read the provisions of ss. 143 and 144 of the *Customs Act* posted on the wall let alone exercised the legal options and rights conferred in those provisions. A person who is detained and about to be searched can hardly be expected to be his or her

ou lieu. Si l'un ou l'autre des susdits constate qu'il n'y a pas de motifs plausibles de faire des perquisitions, il renvoie cette personne . . . » Ces dispositions législatives n'ont pas pour objet d'imposer une limite au droit à l'assistance d'un avocat ni de tenter d'empêcher d'y avoir recours et elles sont parfaitement compatibles avec le droit garanti à l'appelante par l'al. 10b). Pourtant, l'appelante ne s'est pas vu accorder la possibilité de communiquer avec son avocat avant de subir la fouille à nu.

Comme le souligne le Juge en chef, l'appelante était détenue pendant la fouille à nu, en ce sens qu'elle n'était pas libre de partir et qu'elle a fait l'objet d'un contrôle et d'une contrainte extérieure tout au long de la fouille. On a nié à l'appelante le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informée de ce droit. Ce n'est qu'après que la fouille eut permis de découvrir des drogues sur sa personne et qu'elle eut été arrêtée pour importation de stupéfiants qu'elle a été informée de son droit à l'assistance d'un avocat et qu'elle a effectivement communiqué avec un par téléphone.

À mon avis, la violation des droits garantis à l'appelante par l'al. 10b) commise avant la fouille rend cette fouille inconstitutionnelle étant donné que les dispositions législatives qui autorisent la fouille sont parfaitement compatibles avec le droit, garanti par la Constitution, d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Une fouille ou perquisition inconstitutionnelle ne peut être qu'abusive.

Quoique l'inconstitutionnalité de la fouille la rende abusive en soi, j'ajouterais que la manière dont elle a été effectuée en l'espèce était également abusive compte tenu des valeurs et des fins protégées par l'art. 8 de la *Charte*. À mon avis, il est abusif de se contenter d'indiquer à un individu détenu la présence, sur un mur de la salle où l'on effectue la fouille, d'une affiche sur laquelle sont inscrites les dispositions législatives qui autorisent la fouille de sa personne. Il n'est guère surprenant, d'après les faits de la présente affaire, que rien ne porte à croire que l'appelante ait seulement lu le texte des art. 143 et 144 de la *Loi sur les douanes* affiché sur le mur, et, encore moins, qu'elle ait exercé les options et les droits conférés par ces dispositions. On ne peut guère s'attendre à ce

own lawyer. Recourse to legal assistance in such circumstances will often be essential in order to ensure that citizens are protected from unreasonable searches and seizures: see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 160. If the appellant had been informed of her right to consult counsel, counsel could have explained to her the right under s. 144 of the *Customs Act* to request higher authorization for the search and advised her as to whether or not she should exercise it. This would have furthered the purpose of s. 8 in preventing unreasonable searches. As the circumstances of this case show, the right to counsel could be highly useful in facilitating the effective and fair operation of the statutory search provisions, in particular the higher authorization procedure provided for in s. 144. In this case the appellant's right to counsel was not respected and, not surprisingly, her rights under s. 144 were not exercised.

This Court has recognized that the values protected by s. 8 are not limited to those of privacy: see *Hunter v. Southam Inc.*, at p. 159. This case points up some of the additional values that are at stake in protecting people from unreasonable searches and seizures. During the actual strip search the appellant attempted to put forth a protest as to whether the removal of the bandages was "really necessary" before she complied. The concern in s. 8 about preventing unreasonable searches and seizures is tied to a broader concern reflected in many of the legal rights in the *Charter* to prevent the citizen from being overborne by the much greater power of the state. The availability of legal assistance is crucial in preventing this from happening. It is instructive to note in this case that after the strip search was completed, the drugs discovered and the appellant arrested for importing narcotics, she immediately contacted counsel when informed of her right to do so. Her earlier protests at the strip search suggest that she might well have exercised that right before or

qu'une personne détenue qu'on s'apprête à fouiller se fasse son propre avocat. Le recours à l'assistance d'un avocat dans de telles circonstances est souvent essentiel pour assurer que les citoyens sont protégés contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives: voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 160. Si l'appelante avait été informée de son droit de consulter un avocat, ce dernier aurait pu lui expliquer le droit que lui conférait l'art. 144 de la *Loi sur les douanes* d'exiger que la fouille soit autorisée par une instance supérieure, et la conseiller sur l'opportunité d'exercer ou non ce droit. Cela aurait contribué à promouvoir l'objectif de l'art. 8 qui est d'empêcher les fouilles et les perquisitions abusives. Comme le démontrent les circonstances de la présente affaire, le droit à l'assistance d'un avocat pourrait se révéler fort utile pour faciliter l'application efficace et juste des dispositions législatives en matière de fouille et, en particulier, la procédure d'autorisation par une instance supérieure prévue à l'art. 144. En l'espèce, le droit de l'appelante à l'assistance d'un avocat n'a pas été respecté et, il fallait s'y attendre, les droits que lui accorde l'art. 144 n'ont pas été exercés.

Cette Cour a reconnu que les valeurs protégées par l'art. 8 ne se limitent pas à la vie privée: voir *Hunter c. Southam Inc.*, à la p. 159. La présente affaire fait ressortir certaines des autres valeurs qui sont en jeu quand il s'agit de protéger les gens contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Au cours de la fouille à nu qu'elle a subie, l'appelante a tenté de protester en demandant s'il était [TRADUCTION] «vraiment nécessaire» de retirer ses bandages, avant de s'exécuter. Le souci à l'art. 8 d'empêcher les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives est lié à la préoccupation plus générale, qui se reflète dans un bon nombre des droits garantis par la *Charte*, d'empêcher le citoyen d'être écrasé par le pouvoir beaucoup plus grand de l'État. La possibilité de recourir à l'assistance d'un avocat est cruciale pour empêcher que cela ne se produise. Il est intéressant de noter, en l'espèce, qu'une fois la fouille à nu complétée, les drogues découvertes et l'appelante arrêtée pour importation de stupéfiants, elle a immédiatement communiqué avec un avocat lors-

during the search had she been advised of it at that time.

I add as a final comment that in advancing the commendable purpose of rendering all citizens secure from unreasonable searches and seizures courts should not be unduly influenced by hind-sight, i.e., by the fact that many of the searches and seizures which come before us have in fact resulted in the discovery of evidence of criminal activity. The level of protection afforded to the citizen under s. 8 of the *Charter* must be geared to the innocent as well as to the guilty.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: C. Jane Arnup and Barry A. Fox, Toronto.

Solicitor for the respondent: Frank Iacobucci, Ottawa.

Solicitor for the intervener: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

qu'on l'a informée de son droit de le faire. Ses protestations antérieures au moment de la fouille à nu portent à croire qu'elle aurait bien pu exercer ce droit avant ou pendant la fouille si elle en avait été informée à ce moment-là.

J'ajoute, en terminant, que dans la promotion de cet objectif louable d'assurer à tout citoyen la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, les tribunaux ne devraient pas se laisser influencer indûment par ce qu'ils constatent après coup, c'est-à-dire par le fait que, dans bien des cas, les fouilles, les perquisitions et les saisies qui sont portées à leur attention ont en fait permis de découvrir des éléments de preuve d'une activité criminelle. Le degré de protection accordé au citoyen en vertu de l'art. 8 de la *Charte* doit être adapté autant à l'innocent qu'au coupable.

d Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante: C. Jane Arnup et Barry A. Fox, Toronto.

e Procureur de l'intimée: Frank Iacobucci, Ottawa.

Procureur de l'intervenant: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Paul Peter Jacoy Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. JACOY

File No.: 20063.

1988: January 28; 1988: December 8.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Customs searches — Accused stopped and searched at customs following R.C.M.P.'s information that he was attempting to import narcotics — Narcotics found on accused following frisk search conducted by customs officers — Whether accused detained and having right to counsel under s. 10(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether search unreasonable under s. 8 of the Charter — Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, ss. 143, 144.

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Narcotics found on accused following frisk search conducted by customs officers — Accused's right to counsel infringed — Whether admission of evidence of narcotics would bring the administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

The R.C.M.P. warned customs that appellant was attempting to import narcotics into Canada. Upon arrival at the border shortly thereafter, appellant was routinely questioned by the customs officer and, because of the alert, was asked to stop his vehicle at the main customs building. Two customs inspectors ordered him to enter an interview room where he was interrogated. The Customs Superintendent later frisked him, found a bag of cocaine in his socks and arrested him for importing narcotics into Canada. He was then informed of his right to retain and instruct counsel. Appellant asked to telephone his lawyer but was told that he would be permitted to do so "at the earliest possible convenience". The Superintendent continued his search and discovered

* Estey and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

Paul Peter Jacoy Appellant

c.

Sa Majesté La Reine Intimée

a

RÉPERTORIÉ: R. c. JACOY

N° du greffe: 20063.

1988: 28 janvier; 1988: 8 décembre.

b

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA

c COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Fouilles aux douanes — Accusé retenu et fouillé aux douanes à la suite d'une dénonciation de la G.R.C. portant qu'il tentait d'importer des stupéfiants — Découverte de stupéfiants sur l'accusé à la suite d'une fouille par palpation effectuée par des agents des douanes — L'accusé a-t-il été détenu et avait-il droit à l'assistance d'un avocat en vertu de l'art. 10b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — La fouille était-elle abusive au sens de l'art. 8 de la Charte? — Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40, art. 143, 144.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Découverte de stupéfiants sur l'accusé à la suite d'une fouille par palpation effectuée par des agents des douanes — Violation du droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat — L'utilisation des stupéfiants comme éléments de preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

La G.R.C. a prévenu les autorités douanières que l'appelant tentait d'importer des stupéfiants au Canada. Lorsque l'appelant est arrivé à la frontière peu après, l'agent des douanes lui a posé des questions de routine et, à cause de l'avis reçu de la G.R.C., on lui a demandé d'arrêter son véhicule à l'immeuble principal des douanes. Deux inspecteurs des douanes lui ont ordonné d'entrer dans une salle d'interrogation où ils l'ont interrogé. Le surintendant des douanes l'a par la suite soumis à une fouille par palpation, puis l'a arrêté pour importation de stupéfiants au Canada après avoir découvert un sac de cocaïne dans ses chaussettes. L'appelant a alors été informé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Il a demandé à téléphoner à son avocat,

* Les juges Estey et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

a second bag of cocaine. At no time during the inspection was appellant informed of ss. 143 and 144 of the *Customs Act* which provided the authority for conducting personal searches. Appellant was only allowed to contact his lawyer upon his arrival at the police station some two hours after he had made his original request.

At trial, appellant was acquitted following a *voir dire* to determine the admissibility of the drugs seized. The judge found that appellant had been detained from the moment he arrived at the primary checkpoint at the border and, because he was not informed of his right to retain and instruct counsel, held that his rights under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been infringed. He concluded that the evidence so obtained should be excluded under s. 24(2) of the *Charter* as its admission would bring the administration of justice into disrepute. The Court of Appeal set aside appellant's acquittal and ordered a new trial. This appeal is to determine whether appellant's right under s. 10(b) of the *Charter* was violated when he was stopped and searched at Canadian customs following a tip from the RCMP; and, if so, whether the narcotics obtained as a result of the search should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Beetz, Lamer and La Forest JJ.: Appellant's rights under s. 10(b) of the *Charter* were violated. Appellant was detained within the meaning of s. 10(b) from the moment he was ushered into the interview room and he should have been informed of his right to retain and instruct counsel at that time. The decision to search and to strip search him, if necessary, had already been made when the appellant entered the room. From this point onward, the customs inspectors had assumed control over the appellant's movement by a demand that had significant legal consequences for him. He was clearly subject to restraint as he could not refuse to be searched and leave.

The admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute. The evidence of narcotics obtained as a result of the search was real evidence that existed independently of the *Charter* violation and its admission would not tend to affect adversely

mais on lui a répondu qu'il lui serait permis de le faire «dès que possible». Le surintendant a continué sa fouille et a découvert un second sac de cocaïne. À aucun moment durant l'inspection l'appelant n'a-t-il été informé des dispositions des art. 143 et 144 de la *Loi sur les douanes* qui autorisaient les fouilles personnelles. L'appelant a été autorisé à communiquer avec son avocat seulement à son arrivée au poste de police, soit environ deux heures après avoir fait une première demande en ce sens.

Au procès, l'appelant a été acquitté suite à un *voir dire* visant à déterminer l'admissibilité de la drogue saisie. Le juge a conclu que l'appelant avait été détenu dès son arrivée au poste de contrôle primaire à la frontière et que, parce qu'il n'avait pas été informé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, il y avait eu violation des droits que lui garantissait l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a conclu que les éléments de preuve obtenus dans de telles circonstances devaient être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*, puisque leur utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La Cour d'appel a annulé l'acquiescement de l'appelant et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le présent pourvoi vise à déterminer si le droit que l'al. 10b) de la *Charte* garantit à l'appelant a été violé lorsqu'il a été retenu et fouillé aux douanes canadiennes à la suite d'une dénonciation de la G.R.C. et, dans l'affirmative, si les stupéfiants obtenus par suite de la fouille devraient être écartés de la preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Lamer et La Forest: Les droits que garantit à l'appelant l'al. 10b) de la *Charte* ont été violés. L'appelant a été détenu au sens de l'al. 10b) dès qu'on l'a fait entrer dans la salle d'interrogation et il aurait alors dû être informé de son droit de recourir à l'assistance d'un avocat. La décision de fouiller l'appelant et de le soumettre à une fouille à nu, si nécessaire, avait déjà été prise lorsqu'il est entré dans la salle d'interrogation. C'est à partir de ce moment que les inspecteurs des douanes ont restreint la liberté d'action de l'appelant au moyen d'une sommation qui avait, pour lui, des conséquences sérieuses sur le plan juridique. Il était clairement soumis à une contrainte puisqu'il ne lui était pas loisible de refuser d'être fouillé, ni de partir.

L'utilisation de la preuve ne serait pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Les stupéfiants découverts par suite de la fouille constituent une preuve matérielle qui existait indépendamment de la violation de la *Charte* et leur utilisation en preuve ne

the fairness of the trial process. The customs officers acted in good faith operating under a policy directive based on a decision of an appeal court. There was nothing deliberate and blatant in the denial of appellant's rights. There was no malice towards him and he was not mistreated. Finally, the customs inspectors, acting on the information received from the R.C.M.P., had reasonable and probable grounds to stop and search the appellant. Under these circumstances, it is the exclusion of the evidence that would do violence to the repute of the justice system.

Per McIntyre J.: Following this Court's judgment in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, I would dismiss the appeal for the reasons given by the Chief Justice.

Per Wilson J.: Appellant's search was unreasonable under s. 8 of the *Charter*. It is impossible to treat a denial of the right to counsel under s. 10(b) of the *Charter* prior to the conduct of a search under s. 8 as wholly distinct from the question whether the s. 8 search was reasonable. The two are inextricably linked. In this case, appellant was denied his right to counsel when he was directed to enter the interview room. It was at that point of time that he should have been informed of his right to retain and instruct counsel without delay. The advice of counsel would have been useful to the appellant in ensuring that he obtained the full benefit of ss. 143 and 144 of the *Customs Act*. It is only after the search disclosed the presence of drugs on his person and after his arrest that appellant was informed of his right to counsel. The two-hour delay taken to honour his request to contact his lawyer was clearly unacceptable. The appellant's request should have been honoured and all attempts to elicit evidence should have ceased until a reasonable opportunity to contact counsel had been provided. The search was therefore unconstitutional under s. 8 of the *Charter*. Further, the search under s. 8 being *per se* unreasonable because of its unconstitutionality, was also conducted in an unreasonable manner in that, despite repeated requests by the appellant to call his lawyer, the police officers refused to grant his request until they had searched his residence. This is unacceptable under the *Charter* and totally incompatible with the plain words "without delay" in s. 10(b).

Per L'Heureux-Dubé J.: Given my reasons and the Court's judgment in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, the appeal should be dismissed.

serait pas susceptible de porter atteinte à l'équité du procès. Les agents des douanes ont agi de bonne foi, exécutant une directive administrative fondée sur un arrêt d'une cour d'appel. Il n'y avait rien d'intentionnel ni de flagrant dans la négation des droits de l'appelant. On ne voulait aucun mal à l'appelant et ce dernier n'a pas été maltraité. Enfin, les inspecteurs des douanes, alertés par la G.R.C., avaient des motifs raisonnables et probables de retenir et de fouiller l'appelant. Dans ces circonstances, c'est l'exclusion de la preuve qui aurait pour effet de déconsidérer le système judiciaire.

Le juge McIntyre: Suite à l'arrêt de cette Cour *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, je suis d'avis de rejeter ce pourvoi pour les raisons données par le Juge en chef.

Le juge Wilson: La fouille subie par l'appelant était abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Il est impossible de considérer que la question de la négation du droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, garanti à l'al. 10b) de la *Charte*, avant de procéder à une fouille ou perquisition au sens de l'art. 8, est entièrement distincte de celle de savoir si ladite fouille ou perquisition était raisonnable. Les deux questions sont inextricablement liées. En l'espèce, l'appelant a été privé de son droit à l'assistance d'un avocat quand on lui a ordonné d'entrer dans la salle d'interrogation. C'est à ce moment-là qu'il aurait dû être informé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Les conseils d'un avocat auraient permis à l'appelant de bénéficier pleinement des dispositions des art. 143 et 144 de la *Loi sur les douanes*. Le délai de deux heures qui s'est écoulé entre l'arrestation de l'appelant et le moment où l'on a fait droit à sa demande de communiquer avec son avocat était clairement inacceptable. On aurait dû faire droit à la demande de l'appelant et cesser toute tentative de découvrir des éléments de preuve jusqu'à ce qu'il ait eu la possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat. La fouille était donc inconstitutionnelle et abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*. De plus, la fouille au sens de l'art. 8 était non seulement abusive en soi à cause de son inconstitutionnalité, mais encore elle a été effectuée de façon abusive en ce sens que, malgré que l'appelant ait demandé à maintes reprises à téléphoner à son avocat, les policiers ont continué de lui nier le droit de le faire. Une telle façon de procéder est inacceptable en vertu de la *Charte* et est absolument incompatible avec ce qu'expriment clairement les mots «sans délai» que l'on trouve à l'al. 10b).

Le juge L'Heureux-Dubé: Compte tenu de mes motifs de jugement et de l'arrêt de la Cour dans l'affaire *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Cases Cited

By Dickson C.J.

Applied: *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, aff'g (1984), 11 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.); *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; **referred to:** *R. v. Hamill*, [1987] 1 S.C.R. 301; *R. v. Sieben*, [1987] 1 S.C.R. 295; *R. v. Gladstone* (1985), 22 C.C.C. (3d) 151.

By McIntyre J.

Applied: *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495.

By Wilson J.

Applied: *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233.

By L'Heureux-Dubé J.

Applied: *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 10(b), 24(2).

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 618(2)(a) [rep. & subs. 1974-75-76, c. 105, s. 18(2)].

Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, ss. 143, 144.

Customs Act, S.C. 1986, c. 1, s. 98.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1986), 30 C.C.C. (3d) 9, setting aside the accused's acquittal and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Henry Sarava and Ann Cameron, for the appellant.

S. David Frankel and V. Gordon Rose, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Beetz, Lamer and La Forest JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The appellant, Paul Peter Jacoy, was charged with importing cocaine and possession of cocaine for the purpose of trafficking. In Vancouver Provincial Court the appellant was acquitted following a *voir dire* to determine the admissibility of the drugs seized. The judge held that the constitutional rights of the appellant under s. 10(b) of the *Canadian Charter*

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Dickson

Arrêts appliqués: *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, conf. (1984), 11 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.); *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; **arrêts mentionnés:** *R. c. Hamill*, [1987] 1 R.C.S. 301; *R. c. Sieben*, [1987] 1 R.C.S. 295; *R. v. Gladstone* (1985), 22 C.C.C. (3d) 151.

^b Citée par le juge McIntyre

Arrêt appliqué: *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495.

Citée par le juge Wilson

^c **Arrêts appliqués:** *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt appliqué: *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495.

^d **Lois et règlements cités**

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 10(b), 24(2).

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 618(2)(a) [abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 105, art. 18(2)].

^e *Loi sur les douanes*, S.C. 1986, chap. 1, art. 98.

Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40, art. 143, 144.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1986), 30 C.C.C. (3d) 9, qui a annulé l'acquiescement de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

^g *Henry Sarava et Ann Cameron*, pour l'appelant.

S. David Frankel et V. Gordon Rose, pour l'intimée.

^h Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Beetz, Lamer et La Forest rendu par

ⁱ LE JUGE EN CHEF—L'appelant, Paul Peter Jacoy, a été accusé d'importation et de possession de cocaïne pour en faire le trafic. L'appelant a été acquitté en Cour provinciale de Vancouver suite à un *voir-dire* visant à déterminer l'admissibilité de la drogue saisie. Le juge a statué qu'il y avait eu violation des droits constitutionnels garantis à l'appelant par l'al. 10(b) de la *Charte canadienne des*

of *Rights and Freedoms* had been infringed and in consequence, that the evidence so obtained should be excluded under s. 24(2) of the *Charter* as its admission would bring the administration of justice into disrepute. The Court of Appeal reversed, set aside the acquittal and ordered a new trial. The appellant appeals to this Court as of right pursuant to s. 618(2)(a) of the *Criminal Code*.

The two sections of the *Charter* read as follows:

10. Everyone has the right on arrest or detention

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right;

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

The appeal raises the question whether the accused's right to retain and instruct counsel, under s. 10(b) of the *Charter*, was violated when he was stopped and searched at Canadian customs following a tip from the Royal Canadian Mounted Police (R.C.M.P.) If the answer to that question is affirmative, this Court must then consider whether the narcotics obtained as a result of the search should be excluded from the evidence under s. 24(2) of the *Charter*.

Counsel for the appellant frames the issues in these terms:

Issue 1: The Court of Appeal erred in law by holding that the learned trial judge erred in law in his interpretation and application of the reasoning of the Court of Appeal for British Columbia in *R. v. Gladstone* (1985), 22 C.C.C. (3d) 151.

droits et libertés et que, par conséquent, les éléments de preuve obtenus dans de telles circonstances devraient être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*, puisque leur utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La Cour d'appel a infirmé cette décision, a annulé l'acquittement de l'appelant et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. L'appelant se pourvoit de plein droit devant cette Cour conformément à l'al. 618(2)a) du *Code criminel*.

Les deux articles susmentionnés de la *Charte* se lisent ainsi:

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

La question qui se pose en l'espèce est de savoir si le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, garanti à l'accusé par l'al. 10b) de la *Charte*, a été violé lorsqu'il a été retenu et fouillé aux douanes canadiennes à la suite d'une dénonciation de la Gendarmerie royale du Canada (G.R.C.) Si la réponse à cette question est affirmative, cette Cour doit alors déterminer si les stupéfiants obtenus par suite de la fouille devraient être écartés de la preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*.

L'avocat de l'appelant a formulé ainsi les points en litige:

[TRADUCTION] Premier point: La Cour d'appel a commis une erreur de droit en statuant que le juge de première instance a commis une erreur de droit dans son interprétation et son application du raisonnement suivi par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. v. Gladstone* (1985), 22 C.C.C. (3d) 151.

Issue 2: The Court of Appeal erred in law by holding that evidence was improperly excluded by the learned trial judge pursuant to section 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

I

Facts

On May 2, 1985 at 10:30 a.m. the appellant arrived aboard a United Airlines flight at the Seattle-Tacoma Airport outside of Seattle in the State of Washington. He entered a car parked at the airport garage and drove north towards the British Columbia border. From the moment of his arrival at the Seattle Airport, the appellant was under surveillance by the R.C.M.P. who suspected him of attempting to import narcotics. The R.C.M.P. officers contacted customs officials at Douglas point crossing, the port of entry in British Columbia, and advised them of the appellant's impending arrival. They advised Canadian customs officers that the appellant would shortly be attempting to bring narcotics across the border and suggested that customs officials perform a routine inspection of the appellant, including a secondary inspection. As a result of receiving this information Customs issued a "watch for" for Jacoy shortly before his arrival at the border crossing.

The appellant arrived at the border at approximately 1:10 p.m. He was asked a few routine questions by the customs officer, Inspector Senecal, and as a result of the request by the R.C.M.P., was ordered to stop at the main customs building. There he was questioned by customs Inspectors Graham and Findlay. Inspector Graham was a member of the customs drug team, a unit specifically designed to detect the smuggling of narcotics. At 1:15 p.m., after asking the appellant a few questions, the inspectors ordered the appellant to enter an interview room where they questioned him about his business in the United States. There was nothing to suggest that this was anything but a routine inspection.

At approximately 1:26 p.m. Superintendent Wilson, also a member of the drug team, entered

Deuxième point: La Cour d'appel a commis une erreur de droit en statuant que le juge de première instance a écarté à tort des éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

a

I

Les faits

Le 2 mai 1985, à 10 h 30, l'appelant est arrivé à bord d'un vol de la United Airlines à l'aéroport Seattle-Tacoma près de Seattle, dans l'État de Washington. Il est monté dans une voiture stationnée au garage de l'aéroport et il a pris la direction nord vers la frontière de la Colombie-Britannique. Dès son arrivée à l'aéroport de Seattle, l'appelant a été placé sous la surveillance de la G.R.C. qui le soupçonnait de tenter d'importer des stupéfiants. Les agents de la G.R.C. ont communiqué avec les autorités douanières du poste frontière Douglas, le point d'entrée en Colombie-Britannique, et ils les ont prévenus de l'arrivée imminente de l'appelant. Ils ont avisé les agents des douanes canadiennes que l'appelant tenterait sous peu d'importer des stupéfiants et ils leur ont suggéré de soumettre l'appelant à une inspection de routine, y compris une inspection secondaire. Par suite de ces renseignements, les autorités douanières ont distribué à leurs agents un avis de signalement concernant Jacoy peu avant son arrivée au poste frontière.

L'appelant est arrivé à la frontière à 13 h 10 approximativement. Un agent des douanes, l'inspecteur Senecal, lui a posé quelques questions de routine et, par suite de la demande de la G.R.C., l'appelant s'est vu intimer l'ordre de se rendre à l'immeuble principal des douanes. Il y a été interrogé par les inspecteurs des douanes Graham et Findlay. L'inspecteur Graham faisait partie de l'escouade antidrogue des douanes, un groupe mis sur pied expressément pour détecter la contrebande des stupéfiants. À 13 h 15, après lui avoir posé quelques questions, les inspecteurs ont ordonné à l'appelant d'entrer dans une salle d'interrogation où ils l'ont questionné sur ses occupations aux États-Unis. Rien ne laissait supposer qu'il ne s'agissait pas là d'une inspection de routine.

À 13 h 26 approximativement, le surintendant Wilson, aussi membre de l'escouade antidrogue,

the interview room and introduced himself to the appellant. He asked the appellant for identification and ordered the appellant to empty his pockets onto the table. The appellant complied, and produced coins and a small white envelope. The envelope was not opened at the time but was later found to contain three grams of cocaine. Superintendent Wilson ordered the appellant to place his hands against the wall and to spread his feet apart. He then frisked the appellant. A bag containing two hundred grams of cocaine was discovered in the appellant's left sock. At that time, Superintendent Wilson handcuffed the appellant and advised him:

- (i) that he was under arrest for importing a narcotic into Canada;
- (ii) that he had the right to retain and instruct counsel without delay; and
- (iii) that he did not have to say anything and that anything he did say might be used in evidence.

The appellant immediately asked to telephone his lawyer. He was told that he would be permitted to do so "at the earliest possible convenience".

Superintendent Wilson continued his search and discovered a bag containing an additional two hundred and four grams of cocaine. In total, four hundred and seven grams of cocaine were discovered having a potential street value of between \$121,000 and \$161,000. At no time during the inspection was the accused informed of ss. 143 and 144 of the *Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40, which provided the authority for conducting personal searches. Section 144 also provided the accused with the right to require customs officials to appear before a justice of the peace, police magistrate or the collector or chief customs officer at the port to justify the search. These sections have since been repealed and replaced by s. 98 of the *Customs Act*, S.C. 1986, c. 1.

est entré dans la salle d'interrogation et il s'est présenté à l'appellant. Il lui a demandé des pièces d'identité et lui a ordonné de vider le contenu de ses poches sur la table. L'appellant s'est exécuté et a sorti de ses poches des pièces de monnaie et une petite enveloppe blanche. Celle-ci n'a pas été ouverte à ce moment-là, mais il s'est révélé plus tard qu'elle contenait trois grammes de cocaïne. Le surintendant Wilson a ordonné à l'appellant de placer ses mains sur le mur et d'écartier les jambes, et il l'a alors soumis à une fouille par palpation. Il a découvert dans la chaussette gauche de l'appellant un sac contenant deux cents grammes de cocaïne. C'est à ce moment que le surintendant Wilson a passé les menottes à l'appellant et l'a informé:

- (i) qu'il était en état d'arrestation pour avoir importé un stupéfiant au Canada;
- (ii) qu'il avait le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat;
- (iii) qu'il n'était pas tenu de dire quoi que ce soit et que tout ce qu'il pourrait dire pourrait être retenu contre lui.

L'appellant a immédiatement demandé à téléphoner à son avocat. On lui a répondu qu'il lui serait permis de le faire [TRADUCTION] «dès que possible».

Le surintendant Wilson a continué sa fouille et a découvert un sac contenant deux cent quatre grammes additionnels de cocaïne. Au total, on a trouvé quatre cent sept grammes de cocaïne, pouvant avoir une valeur de 121 000 \$ à 161 000 \$ sur le marché noir. À aucun moment durant l'inspection l'accusé n'a-t-il été informé des dispositions des art. 143 et 144 de la *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, chap. C-40, qui autorisaient les fouilles personnelles. L'article 144 accordait aussi à l'accusé le droit d'exiger que les agents des douanes le conduise devant un juge de paix, un magistrat de police ou le receveur ou le préposé en chef du port concerné pour justifier la fouille. Ces articles ont été depuis abrogés et remplacés par l'art. 98 de la *Loi sur les douanes*, S.C. 1986, chap. 1.

At 2:26 p.m. two R.C.M.P. officers entered the interview room. They informed the appellant that he was charged with importing a narcotic into Canada, cautioned him that anything he said could be introduced in evidence and informed him of his right to retain and instruct counsel. The appellant made several requests to contact his lawyer and was informed he would be able to do so once a search warrant had been executed on his residence. The appellant was allowed to call his lawyer at 3:30 p.m., upon his arrival at police headquarters.

II

The British Columbia Courts

Trial

At trial, Cronin Prov. Ct. J. held a *voir dire* to determine whether the narcotics should be admitted into evidence. He found that Jacoy had been detained from the moment he arrived at the primary checkpoint at the border. Since Jacoy was not advised of the reasons for his detention or of his right to retain and instruct counsel, Cronin Prov. Ct. J. held that the appellant's rights under s. 10(b) of the *Charter* were infringed. Cronin Prov. Ct. J. then considered whether the narcotics should be excluded under s. 24(2). Based on the reasoning of this Court in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, Cronin Prov. Ct. J. characterized the violation of the appellant's right to counsel as both deliberate and flagrant. In his view, the conduct of the officers demonstrated a complete disregard for the *Charter*. He rejected the argument that the officers were acting in good faith because they were relying on the authority of *R. v. Simmons* (1984), 11 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.) (judgment in this Court being delivered concurrently herewith) in which the Ontario Court of Appeal held that a strip search at customs did not amount to detention under the *Charter*. It was Cronin Prov. Ct. J.'s view that at best, the inspectors could only be said to have been operating under a mistake of law. In the circumstances, admission of the evidence would condone disregard for the *Charter*

À 14 h 26, deux agents de la G.R.C. sont entrés dans la salle d'interrogation. Ils ont avisé l'appellant qu'il était accusé d'avoir importé un stupéfiant au Canada, ils l'ont prévenu que tout ce qu'il dirait pourrait être retenu contre lui, et ils l'ont informé de son droit de recourir à l'assistance d'un avocat. L'appellant a demandé à plusieurs reprises à communiquer avec son avocat et on lui a répondu qu'il lui serait permis de le faire dès qu'un mandat de perquisition aurait été exécuté à sa résidence. L'appellant a été autorisé à appeler son avocat à 15 h 30, à son arrivée au quartier général de la police.

II

Les tribunaux de la Colombie-Britannique

Le procès

Au procès, le juge Cronin de la Cour provinciale a tenu un *voir-dire* pour déterminer si les stupéfiants devraient être admis en preuve. Il a conclu que Jacoy avait été détenu dès son arrivée au poste de contrôle primaire à la frontière. Parce que Jacoy n'avait pas été informé des motifs de sa détention ni de son droit à l'assistance d'un avocat, le juge Cronin a statué qu'il y avait eu violation des droits conférés à l'appellant par l'al. 10b) de la *Charte*. Le juge Cronin s'est alors penché sur la question de savoir si les stupéfiants devaient être écartés en vertu du par. 24(2). En se fondant sur le raisonnement suivi par cette Cour dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, le juge Cronin a qualifié d'intentionnelle et de flagrante la violation du droit de l'appellant à l'assistance d'un avocat. À son avis, la conduite des agents démontrait un mépris total pour les dispositions de la *Charte*. Il a rejeté l'argument selon lequel les agents avaient agi de bonne foi parce qu'ils s'étaient fondés sur l'arrêt *R. v. Simmons* (1984), 11 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.) (l'arrêt de cette Cour dans cette affaire est rendu en même temps que les présents motifs) dans lequel la Cour d'appel de l'Ontario a conclu qu'une fouille à nu aux douanes ne constitue pas une détention au sens de la *Charte*. Le juge Cronin a estimé que tout au mieux on pouvait simplement dire que les inspecteurs avaient agi sous l'influence d'une erreur de droit. Dans ces circonstances, l'utilisation de la preuve équiva-

and would therefore bring the administration of justice into disrepute.

Court of Appeal

The British Columbia Court of Appeal allowed the Crown's appeal and set aside the appellant's acquittal: (1986), 30 C.C.C. (3d) 9. Anderson J.A. speaking for court held that the trial judge had erred in law by failing to follow the decision of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Gladstone* (1985), 22 C.C.C. (3d) 151. In *Gladstone*, the accused was subjected to a strip search at customs after returning to Canada from Peru. Five packages of cocaine were found concealed inside the waistband of the accused's trousers. At no time during the search was the accused informed of his right to retain and instruct counsel under s. 10(b) of the *Charter*. The accused was charged with importing cocaine and possession of cocaine for the purposes of trafficking and was convicted at trial. The British Columbia Court of Appeal dismissed the accused's appeal. Anderson J.A. speaking for himself and Seaton J.A. (Lambert J.A. rendering separate concurring reasons) held that the evidence had been properly admitted by the trial judge. He assumed without deciding that the accused's rights under ss. 10(b) and 8 had been violated. He held that for the purposes of s. 24(2) the "good faith" of the customs officers was to be judged in relation to what the officers knew or ought to have known in respect of *Charter* rights at the time the search took place. At the time Gladstone was searched, the officers had no reason to know that they might have acted in violation of the accused's *Charter* rights. Anderson J.A. concluded that the good faith of the officers brought the case within the "good faith" exception to exclusion under s. 24(2).

In the present case, Anderson J.A. held that the trial judge had erred in refusing to follow *Gladstone* and *Simmons*. At the time Jacoy was searched, the Ontario Court of Appeal had already

draît à tolérer le mépris de la *Charte* et serait par conséquent susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

a La Cour d'appel

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli l'appel de la poursuite et a annulé l'acquiescement de l'appelant: (1986), 30 C.C.C. (3d) 9. Le juge Anderson, s'exprimant au nom de la cour, a statué que le juge du procès avait commis une erreur de droit en ne suivant pas l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique *R. v. Gladstone* (1985), 22 C.C.C. (3d) 151. Dans l'affaire *Gladstone*, l'accusé avait été soumis à une fouille à nu aux douanes en revenant au Canada après un séjour au Pérou. Cinq paquets de cocaïne avaient été trouvés cachés dans la ceinture du pantalon de l'accusé. À aucun moment au cours de la fouille l'accusé n'avait-il été informé du droit de recourir à l'assistance d'un avocat que lui garantissait l'al. 10b) de la *Charte*. L'accusé a été inculpé d'importation et de possession de cocaïne pour en faire le trafic, et il a été reconnu coupable à son procès. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel de l'accusé. Le juge Anderson de la Cour d'appel, s'exprimant en son propre nom et en celui du juge Seaton (le juge Lambert ayant rendu des motifs concordants distincts), a conclu que la preuve avait été admise à juste titre par le juge du procès. Il a présumé, sans trancher la question, qu'il y avait eu violation des droits conférés à l'accusé par l'al. 10b) et l'art. 8. Il a statué qu'aux fins du par. 24(2) la «bonne foi» des agents des douanes devait s'apprécier en fonction de ce qu'ils savaient ou auraient dû savoir sur les droits conférés par la *Charte* au moment où a eu lieu la fouille. Lorsque Gladstone a été fouillé, les agents des douanes n'avaient aucun motif de croire qu'ils pouvaient avoir agi contrairement aux droits garantis à l'accusé par la *Charte*. Le juge Anderson a conclu que la bonne foi des agents faisait en sorte que l'affaire échappait aux dispositions d'exclusion du par. 24(2) en vertu de l'exception fondée sur la «bonne foi».

Dans la présente affaire, le juge Anderson de la Cour d'appel a statué que le juge du procès avait commis une erreur en refusant de suivre les arrêts *Gladstone* et *Simmons*. Au moment où Jacoy a été

rendered its decision in *Simmons* to the effect that a person subjected to a strip search at the border was not detained. In accordance with *Gladstone*, the conduct of the customs officers was to be judged on the basis of *Simmons*. The trial judge's error in failing to follow *Gladstone* and *Simmons* played a substantial role in his conclusion to exclude the evidence. Accordingly, Anderson J.A. directed that the question of admissibility should be re-examined in a new trial. The court did not address the issue of detention.

III

Section 10(b) of the Charter

The first issue raised in this appeal is whether the appellant was detained. Counsel for the Crown adopted the submissions of the Crown in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, argued before this Court on the same day. It was the Crown's position in that case that routine customs searches, including strip searches, do not constitute detention within the meaning of s. 10(b) of the *Charter*. For the reasons given by this Court in *R. v. Simmons*, I do not accept this proposition.

The trial judge held that the appellant was detained from the moment he arrived at the border. In my view it is not necessary to decide whether detention occurred at this point. For the reasons given in *R. v. Simmons*, there is no doubt that the appellant was detained when he was ushered into the interview room by Inspectors Graham and Findlay. At this point the customs inspectors had assumed control over the movement of the appellant by a demand that had significant legal consequences for him. The evidence indicates that the customs officials intended to search the appellant regardless of his responses to their questions. The trial judge found at p. 2 of his reasons that:

The police and Customs inspectors had pre-arranged between themselves that Jacoy would not be permitted

fouillé, la Cour d'appel de l'Ontario avait déjà rendu son arrêt *Simmons* selon lequel une personne soumise à une fouille à nu à la frontière n'est pas détenue. Conformément à l'arrêt *Gladstone*, la conduite des agents des douanes devait s'apprécier en fonction de l'arrêt *Simmons*. L'erreur que le juge du procès a commise en ne suivant pas les arrêts *Gladstone* et *Simmons* a joué un rôle important dans sa décision d'écarter les éléments de preuve. En conséquence, le juge Anderson a ordonné que la question de l'admissibilité de la preuve soit réexaminée dans le cadre d'un nouveau procès. La cour n'a pas abordé la question de la détention.

III

L'alinéa 10b) de la Charte

La première question qui se pose dans ce pourvoi consiste à savoir si l'appellant a été détenu. L'avocat de la poursuite a fait siennes les observations de la poursuite dans l'affaire *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, qui a été plaidée devant cette Cour le même jour. La poursuite a soutenu dans cette affaire que les fouilles de routine effectuées aux douanes, y compris la fouille à nu, ne constituent pas une détention au sens de l'al. 10b) de la *Charte*. Pour les raisons données par cette Cour dans l'arrêt *R. c. Simmons*, je n'accepte pas cette proposition.

Le juge du procès a statué que l'appellant avait été détenu dès son arrivée à la frontière. À mon avis, il n'est pas nécessaire de déterminer s'il y a eu détention à ce stade. Pour les raisons données dans l'arrêt *R. c. Simmons*, il ne fait aucun doute que l'appellant était détenu lorsque les inspecteurs Graham et Findlay l'ont fait entrer dans la salle d'interrogation. À ce moment-là, les inspecteurs des douanes avaient restreint la liberté d'action de l'appellant au moyen d'une sommation qui avait, pour lui, des conséquences sérieuses sur le plan juridique. Il ressort de la preuve que les agents des douanes entendaient fouiller l'appellant indépendamment de ses réponses à leurs questions. Le juge de première instance a conclu ce qui suit à la p. 2 de ses motifs:

[TRADUCTION] La police et les inspecteurs des douanes avaient préalablement convenu qu'il ne serait pas permis

to proceed beyond the Customs point, that he'd be detained and that he'd be searched, both his person and his vehicle, in order to locate the cocaine which it was believed he was importing into Canada.

In my view, this indicates that the decision to search the appellant, and to strip search him if necessary, had been made by the time the appellant entered the interview room. The appellant was clearly subject to restraint. He could not have refused to be searched and could not have continued on his way. I am therefore satisfied that the appellant was detained, at least from this point onward, and should have been informed of his right to retain and instruct counsel.

IV

Section 24(2) of the Charter

The first issue framed by the appellant turns on *Gladstone, supra*. On this point counsel, in his factum, says:

The *Gladstone* case held that if the rights of an accused were infringed in "good faith", then that factor would be important if not decisive in determining whether evidence so obtained should be excluded pursuant to the provisions of s. 24(2) of the Charter. If "good faith" is demonstrated, it becomes unnecessary to explore the important Charter issues raised by the nature of the Charter breach. Moreover, "good faith" is made out if the officer who infringed an accused's constitutional rights did so in accordance with what he knew or ought to have known in respect of Charter rights at the time.

In determining whether the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*, I have little to say on the *Gladstone* case. It has been overtaken by the later decision of this Court in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. The Court must have regard to the factors enunciated in *Collins*.

To reiterate briefly the criteria set out in *Collins*, Lamer J. speaking for the majority grouped the factors relevant to the determination into three groups. First, the court must consider whether the admission of evidence will affect the fairness of the trial. If this inquiry is answered affirmatively, "the admission of evidence would tend to bring the administration of justice into disrepute and, sub-

à Jacoy de dépasser le poste frontière, qu'il serait détenu et qu'il y aurait fouille à la fois de sa personne et de sa voiture, afin de trouver la cocaïne qu'il était soupçonné d'importer au Canada.

^a À mon avis, cela indique que la décision de fouiller l'appelant et de le soumettre à une fouille à nu, si nécessaire, avait déjà été prise lorsque l'appelant est entré dans la salle d'interrogation. L'appelant était clairement soumis à une contrainte. Il ne lui ^b était pas loisible de refuser d'être fouillé, ni de poursuivre sa route. Je suis donc convaincu que l'appelant se trouvait détenu, pour le moins à partir de ce moment, et qu'il aurait dû être ^c informé de son droit de recourir à l'assistance d'un avocat.

IV

Le paragraphe 24(2) de la Charte

^d La première question formulée par l'appelant tient à l'arrêt *Gladstone*, précité. Voici ce que dit l'avocat de l'appelant à ce sujet dans son mémoire:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Gladstone*, on a statué que dans le cas où les droits d'un accusé auraient été violés ^e de «bonne foi», ce facteur serait important, voire décisif, pour déterminer si la preuve obtenue dans ces circonstances doit être écartée conformément aux dispositions du par. 24(2) de la Charte. Si la «bonne foi» est démontrée, il devient inutile d'étudier les questions importantes relatives à la Charte que soulève la nature de la violation de la Charte. De plus, la «bonne foi» est établie si la personne qui a enfreint les droits constitutionnels d'un accusé l'a fait conformément à ce qu'elle savait ou ^f aurait dû savoir à l'époque sur les droits garantis par la Charte. ^g

En décidant si la preuve devrait être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*, j'ai peu de choses à dire sur l'arrêt *Gladstone*. Il a été supplanté par l'arrêt ultérieur de cette Cour *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. La Cour doit tenir compte des facteurs énoncés dans l'arrêt *Collins*.

ⁱ Pour rappeler brièvement les critères énoncés dans l'arrêt *Collins*, disons que le juge Lamer, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité, a réparti en trois groupes les facteurs utiles pour trancher cette question. Premièrement, la cour doit se demander si l'utilisation de la preuve portera atteinte à l'équité du procès. Dans l'affirmative, ^j «l'utilisation de la preuve [...] tendrait à déconsi-

ject to a consideration of other factors, the evidence generally should be excluded” (p. 284). One of the factors relevant to this determination is the nature of the evidence; if the evidence is real evidence that existed irrespective of the *Charter* violation, its admission will rarely render the trial unfair.

The second set of factors concerns the seriousness of the violation. Relevant to this group is whether the violation was committed in good faith, whether it was inadvertent or of a merely technical nature, whether it was motivated by urgency or to prevent the loss of evidence, and whether the evidence could have been obtained without a *Charter* violation.

Finally, the court must look at factors relating to the effect of excluding the evidence. The administration of justice may be brought into disrepute by excluding evidence essential to substantiate the charge where the breach of the *Charter* was trivial. While this consideration is particularly important where the offence is serious, if the admission of the evidence would result in an unfair trial, the seriousness of the offence would not render the evidence admissible.

Having considered these factors with reference to this case, I am of the view that the evidence should not have been excluded. Evidence of narcotics is real evidence that existed independently of the *Charter* violation. This factor distinguishes this appeal from *Therens*, where the evidence was created by the accused as a result of the violation. Admission of evidence of this latter sort detracts from the fairness of the trial process, real evidence does not.

I am of the view that the customs officers were acting in good faith. I agree with the submission of Crown counsel that the trial judge erred in limiting “good faith” as a factor to be considered under s. 24(2) to those situations which might otherwise be categorized as “exigent circumstances”; that “good faith” is not so restricted is evidenced by this Court’s decisions in *R. v. Hamill*, [1987] 1

dérer l’administration de la justice et, sous réserve de la considération des autres facteurs, la preuve devrait généralement être écartée» (p. 284). L’un des facteurs pertinents pour déterminer cela est la nature de la preuve: s’il s’agit d’une preuve matérielle qui existait indépendamment de la violation de la *Charte*, son utilisation rendra rarement le procès inéquitable.

Le second groupe de facteurs a trait à la gravité de la violation. Ainsi, il y a lieu de se demander si la violation a été commise de bonne foi, si elle a été commise par inadvertance ou s’il s’agissait d’une simple irrégularité, si elle a eu lieu dans une situation d’urgence ou pour prévenir la perte des éléments de preuve, et si ces derniers auraient pu être obtenus sans violation de la *Charte*.

Enfin, la cour doit prendre en considération les facteurs qui se rapportent à l’effet de l’exclusion de la preuve. L’administration de la justice est susceptible d’être déconsidérée par l’exclusion d’éléments de preuve essentiels pour justifier l’accusation, lorsque la violation de la *Charte* est anodine. Bien que cette considération soit particulièrement importante lorsque l’infraction commise est grave, il reste que si l’utilisation de la preuve devait entraîner un procès inéquitable, la gravité de l’infraction ne saurait rendre cette preuve admissible.

Après avoir appliqué ces facteurs à l’espèce, je suis d’avis que la preuve n’aurait pas dû être écartée. Les stupéfiants découverts constituent une preuve matérielle qui existait indépendamment de la violation de la *Charte*. Ce facteur distingue le présent pourvoi de l’affaire *Therens* où la preuve avait été créée par l’accusé par suite de la violation reprochée. L’utilisation de ce dernier genre d’éléments de preuve nuit à l’équité du procès, alors que ce n’est pas le cas d’une preuve matérielle.

J’estime que les agents des douanes ont agi de bonne foi. Je suis donc d’accord avec l’avocat de la poursuite pour dire que le juge du procès a commis une erreur en limitant la «bonne foi», comme facteur à considérer en vertu du par. 24(2), aux situations par ailleurs susceptibles d’être qualifiées de «situations d’urgence». En effet, il ressort des arrêts de cette Cour *R. c. Hamill*, [1987] 1 R.C.S.

S.C.R. 301, at p. 308, and *R. v. Sieben*, [1987] 1 S.C.R. 295, at p. 299. In both of these cases, police officers were held to be acting in good faith when they conducted warrantless searches of dwelling-houses pursuant to a statutory power which the police officers had no reason to believe violated s. 8 of the *Charter*. Similarly, the customs officers in this appeal were acting on a policy directive based on a decision of the Ontario Court of Appeal. The trial judge found that they held no malice towards the appellant. The appellant was not mistreated. The inspectors informed the appellant of his right to counsel immediately upon arrest. Under these circumstances the violation can hardly be seen as deliberate or flagrant.

The offence with which the appellant was charged constitute serious social evils. The narcotics are an essential piece of evidence to substantiate the charge. It was conceded by the defence at trial that the customs inspectors, acting on the information received from the R.C.M.P. had reasonable and probable grounds to stop and search the appellant. In my view, the decision to exclude the evidence in light of all the circumstances would do violence to the repute of the justice system. I am therefore of the view that admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute.

For these reasons I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

MCINTYRE J.—Following this Court's judgment (given concurrently) in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, I would dismiss the appeal for the reasons given by the Chief Justice.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—I have had the benefit of the reasons of the Chief Justice and, although I am in agreement with his disposition of the appeal, I believe that the Court should address the question whether, in the circumstances, the search of the

301, à la p. 308, et *R. c. Sieben*, [1987] 1 R.C.S. 295, à la p. 299, que la «bonne foi» ne s'applique pas uniquement à ces situations. Dans ces deux arrêts, on a conclu que des agents de police avaient agi de bonne foi lorsqu'ils avaient perquisitionné sans mandat dans des maisons d'habitation conformément au pouvoir que leur conférait la loi et dont ils n'avaient aucun motif de croire qu'il violait l'art. 8 de la *Charte*. De la même façon, les agents des douanes visés en l'espèce exécutaient une directive administrative fondée sur un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario. Le juge du procès a conclu qu'ils ne voulaient aucun mal à l'appellant. Ce dernier n'a pas été maltraité. Les inspecteurs l'ont informé de son droit à l'assistance d'un avocat dès son arrestation. Dans ces circonstances, la violation reprochée ne saurait être considérée comme intentionnelle ou flagrante.

L'infraction dont est accusé l'appellant est la source de nombreux maux pour la société. Les stupéfiants constituent un élément de preuve essentiel pour justifier l'accusation. La défense a reconnu au procès que les inspecteurs des douanes, alertés par la G.R.C., avaient des motifs raisonnables et probables de retenir et de fouiller l'appellant. À mon sens, la décision d'écarter les éléments de preuve, eu égard aux circonstances, aurait pour effet de déconsidérer le système judiciaire. J'estime par conséquent que l'utilisation de la preuve ne serait pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCINTYRE—Suite à l'arrêt de cette Cour *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495 (rendu en même temps que les présents motifs), je suis d'avis de rejeter ce pourvoi pour les raisons données par le Juge en chef.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs du Juge en chef et, bien que je sois d'accord avec sa décision en l'espèce, je crois que la Cour devrait se pencher sur la question de savoir si, dans les circonstances, la fouille de l'appellant était rai-

appellant was a reasonable one under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As will have been apparent from my concurring reasons in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, I find it impossible to treat a denial of the right to counsel under s. 10(b) of the *Charter* prior to the conduct of a search under s. 8 as wholly distinct from the question whether the s. 8 search was reasonable. The two, in my opinion, are inextricably linked and clearly arise on the facts of this case.

When the appellant reached the border crossing at Douglas point he had been under active surveillance by members of the Royal Canadian Mounted Police (R.C.M.P.) and the customs officials had been alerted by the R.C.M.P. to the fact that the appellant would shortly be arriving at the border crossing and attempting to bring narcotics into the country. After a brief period of routine questioning the appellant was directed to enter an interview room in the main customs building. There was nothing to indicate to the appellant that this was other than a routine inspection. It was, of course, not a routine inspection. As the trial judge found: "The Customs inspectors were, in fact, acting on a pretense or pretending to Jacoy that this was, in fact, just a routine question period".

As the Chief Justice has found, the appellant was detained by the customs officials within the meaning of s. 10(b) of the *Charter* and denied his right to counsel when he was directed to enter the interview room at 1:15 p.m. It was at that point of time that he should have been informed of his right to retain and instruct counsel without delay. As was the case in *Simmons*, the advice of counsel would have been highly useful to the appellant in ensuring that he obtained the full benefit of ss. 143 and 144 of the *Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40. At no time was he apprised of his statutory right to demand higher authorization for the searches which were conducted.

sonnable au sens de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Comme l'indiquent les motifs concordants que j'ai rédigés dans l'affaire *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, il m'est impossible de considérer que la question de la négation du droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, garanti à l'al. 10b) de la *Charte*, avant de procéder à une fouille ou perquisition au sens de l'art. 8, est entièrement distincte de celle de savoir si ladite fouille ou perquisition était raisonnable. À mon avis, ces deux points sont inextricablement liés et clairement soulevés par les faits de l'espèce.

Lorsque l'appellant est arrivé au poste frontière Douglas, il était déjà sous la surveillance de membres de la Gendarmerie royale du Canada (G.R.C.) et les agents de la G.R.C. avaient prévenu les autorités douanières que l'appellant arriverait sous peu au poste frontière et qu'il tenterait d'importer des stupéfiants dans notre pays. Après un bref interrogatoire de routine, l'appellant a reçu l'ordre d'entrer dans une salle d'interrogation située dans l'immeuble principal des douanes. Rien ne permettait à l'appellant de soupçonner qu'il s'agissait là d'autre chose qu'une inspection de routine. Il ne s'agissait évidemment pas d'une inspection de routine. Comme l'a conclu le juge du procès: [TRADUCTION] «En fait, les inspecteurs des douanes faisaient semblant ou laissaient croire à Jacoy que c'était là un simple interrogatoire de routine.»

Comme l'a conclu le Juge en chef, l'appellant a été détenu par les agents des douanes, au sens de l'al. 10b) de la *Charte*, et il a été privé de son droit à l'assistance d'un avocat quand on lui a ordonné d'entrer dans la salle d'interrogation à 13 h 15. C'est à ce moment-là qu'il aurait dû être informé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Tout comme dans l'affaire *Simmons*, les conseils d'un avocat auraient été très utiles à l'appellant en lui permettant de bénéficier pleinement des dispositions des art. 143 et 144 de la *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, chap. C-40. À aucun moment n'a-t-il été informé du droit que lui conférait la Loi d'exiger que les fouilles dont il a fait l'objet soient autorisées par des autorités supérieures.

The searches began at approximately 1:26 p.m. when Superintendent Wilson ordered the appellant to empty his pockets on the table and also to place his hands against the wall and spread his feet in order to be searched or “frisked”. During this search a bag of cocaine was discovered in the appellant’s left sock. The appellant was then arrested, handcuffed and informed that he was under arrest, that he had a right to retain and instruct counsel without delay, and that he did not have to say anything. As might be expected, the appellant asked to phone his lawyer at that point. He was not allowed to do so but was told that he would be allowed to do so “at the earliest possible convenience”.

It goes without saying that “the earliest possible convenience” is not the constitutional standard under s. 10(b). In this case the “earliest possible convenience” turned out to be over two hours after the appellant’s original request to call his lawyer was made and after several searches had been conducted which revealed additional evidence of cocaine. This delay in respecting the right to counsel is clearly unacceptable. Going through the mechanics of informing persons under arrest or detention of their right to retain and instruct counsel without delay and then denying them the right to do so does not meet the requirements of s. 10(b). The appellant’s request should have been honoured and all attempts to elicit evidence should have ceased until a reasonable opportunity to contact counsel had been provided: see *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, at pp. 1241-44. The search, in my view, was therefore unconstitutional and unreasonable under s. 8. As in *Simmons*, the search under s. 8 was not only *per se* unreasonable because of its unconstitutionality, it was also conducted in an unreasonable manner in that, despite repeated requests by the appellant to call his lawyer, the police officers continued to deny him his right to contact counsel, telling him at one point that he would only be permitted to do so after a search warrant on his Vancouver residence had been executed. This is unacceptable under the

Les fouilles ont commencé vers 13 h 26 lorsque le surintendant Wilson a ordonné à l’appelant de vider sur la table le contenu de ses poches, puis de placer ses mains sur le mur et d’écartier les jambes pour subir une fouille par palpation. Cette fouille a permis de découvrir un sac de cocaïne dans la chaussette gauche de l’appelant. C’est à ce moment qu’on a arrêté l’appelant, qu’on lui a passé les menottes et qu’on l’a informé qu’il était en état d’arrestation, qu’il avait le droit d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat et qu’il n’était pas tenu de dire quoi que ce soit. Comme on pouvait s’y attendre, l’appelant a alors demandé à téléphoner à son avocat. On n’a pas fait droit à sa demande, mais on lui a répondu qu’il lui serait permis de le faire [TRADUCTION] «dès que possible».

Il va sans dire que «dès que possible» ne correspond pas à la norme constitutionnelle établie à l’al. 10b). En l’espèce, «dès que possible» s’est révélé être plus de deux heures après que l’appelant eut demandé pour la première fois à téléphoner à son avocat, et après que plusieurs fouilles eurent révélé la présence d’autre cocaïne. Le délai écoulé avant que l’on respecte le droit à l’assistance d’un avocat est clairement inacceptable. Informer des personnes en état d’arrestation ou détenues de leur droit d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat pour ensuite leur interdire d’exercer ce droit, ne satisfait pas aux exigences de l’al. 10b). On aurait dû faire droit à la demande de l’appelant et cesser toute tentative de découvrir des éléments de preuve jusqu’à ce qu’il ait eu la possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat: voir l’arrêt *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, aux pp. 1241 à 1244. Par conséquent, j’estime que la fouille à laquelle on a procédé était inconstitutionnelle et abusive au sens de l’art. 8. Comme ce fut le cas dans l’affaire *Simmons*, la fouille au sens de l’art. 8 était non seulement abusive en soi à cause de son inconstitutionnalité, mais encore elle a été effectuée de façon abusive en ce sens que, malgré que l’appelant ait demandé à maintes reprises à téléphoner à son avocat, les policiers ont continué de lui nier le droit de le faire et lui ont même dit, à un moment donné, qu’il ne pourrait l’exercer qu’après l’exécution d’un mandat de perquisition à sa résidence de Vancouver. Une telle façon de procéder

Charter. It is totally incompatible with the plain words "without delay".

I would add that in situations involving searches and seizures during periods of arrest or detention the citizen's right to retain and instruct counsel without delay under s. 10(b) of the *Charter* and his or her right to be secure against unreasonable search and seizure are mutually re-enforcing. The right to counsel is surely the main safeguard to the citizen that his or her other rights will be respected.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—Given my reasons and the Court's judgment in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495 (given concurrently), I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Henry Sarava, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Frank Iacobucci, Ottawa.

est inacceptable en vertu de la *Charte* et est absolument incompatible avec ce qu'expriment clairement les mots «sans délai».

J'ajouterais que, lorsqu'un citoyen en état d'arrestation ou détenu fait l'objet d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie, son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat en vertu de l'al. 10b) de la *Charte* et son droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives se renforcent mutuellement. Le droit à l'assistance d'un avocat est certainement, pour le citoyen, la principale garantie que ses autres droits seront respectés.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Compte tenu de mes motifs de jugement et de l'arrêt de la Cour dans l'affaire *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495 (rendue en même temps que le présent arrêt), je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: Henry Sarava, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Frank Iacobucci, Ottawa.

Telecommunication Workers Union
Appellant

v.

British Columbia Telephone Company
Respondent

INDEXED AS: TWU v. BRITISH COLUMBIA TELEPHONE CO.

File No.: 19905.

1988: March 29; 1988: December 8.

Present: Dickson C.J. and Estey*, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Judicial review — Jurisdiction to review — Consensual labour arbitration — Arbitrator ordering employees rehired after dismissal for wrongful conduct during strike — Whether arbitrator erred in law — If so, whether error jurisdictional in nature and subject to judicial review — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 107(2), 184(3)(a)(vi), as amended.

The parties herein were involved in a long and bitter labour dispute. During the course of the strike, the employer dismissed 24 of the striking employees for alleged misconduct. Notwithstanding their agreement on the terms of a new collective agreement, the parties could not settle the strike because of their disagreement over the fate of the 24 dismissed strikers and referred the issue to arbitration. The arbitrator found the use of disciplinary powers during a strike to be an offence and directed that all 24 employees be returned to work immediately with no penalty of any kind. The Court of Appeal upheld a decision to set aside this award and to remit it to the arbitrator for reconsideration. At issue are: (1) whether or not the arbitrator erred in law when he found that an employer has no power to impose discipline during a legal strike, and (2) if in the affirmative, whether the arbitrator's error of law was jurisdictional in nature and therefore subject to review.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Dickson C.J. and Lamer, Wilson and La Forest JJ.: Assuming, without deciding, that the arbitrator did

* Estey and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

Syndicat des travailleurs en télécommunications
Appelant

c.

British Columbia Telephone Company
Intimée

RÉPERTORIÉ: STT c. BRITISH COLUMBIA TELEPHONE CO.

b N° du greffe: 19905.

1988: 29 mars; 1988: 8 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Estey*, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

d *Contrôle judiciaire — Pouvoir de contrôle — Arbitrage consensuel — L'arbitre a ordonné le retour au travail des employés congédiés pour inconduite pendant la grève — L'arbitre a-t-il commis une erreur de droit? — Dans l'affirmative, l'erreur touche-t-elle à la compétence et est-elle sujette au contrôle judiciaire? — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 107(2), 184(3)a)(vi), et modifications.*

Les parties ont été mêlées à un conflit de travail long et acharné. Pendant la grève, l'employeur a congédié 24 grévistes pour inconduite. Malgré leur entente sur les termes d'une nouvelle convention collective, les parties n'ont pas pu régler la grève en raison d'un désaccord sur le sort des 24 grévistes congédiés et elles ont soumis la question à l'arbitrage. L'arbitre a conclu que le recours à des mesures disciplinaires pendant une grève constitue une infraction et a ordonné le retour au travail immédiat des 24 employés sans aucune pénalité. La Cour d'appel a maintenu la décision d'annuler cette sentence et de la renvoyer à l'arbitre pour qu'il l'examine de nouveau. Les questions en litige sont les suivantes: (1) l'arbitre a-t-il commis une erreur de droit lorsqu'il a conclu qu'un employeur n'a pas le pouvoir d'imposer des mesures disciplinaires pendant une grève légale? et (2) dans l'affirmative, cette erreur porte-t-elle atteinte à la compétence de l'arbitre et, de ce fait, est-elle sujette au contrôle judiciaire?

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson et La Forest: Tenant pour acquis, sans toutefois trancher la

* Les juges Estey et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

err in law, the error was not of a jurisdictional nature and therefore was not open to review.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The arbitrator erred in law when he decided that s. 107(2) of the *Canada Labour Code* removed the employer's right to discipline employees during the course of a strike. That section permits disciplinary actions by employers for activities carried on during the course of a strike if those actions are not aimed at punishing employees for union activities and participating in a lawful strike. Both the French version and jurisprudence support this interpretation.

Error of law in an arbitration must be jurisdictional in nature to be subject to judicial review. Where an arbitrator errs in defining his jurisdiction to decide a particular question, and chooses to answer a different question, the answer cannot be said to be within the contemplated jurisdiction. Here, the arbitrator's error in interpreting s. 107(2) of the *Canada Labour Code* to mean no employer-employee relationship existed resulted in a refusal to exercise the jurisdiction accorded him by the parties. The decision that the employer had no right to impose disciplinary sanctions upon striking employees was fundamental to all of the arbitrator's conclusions and hence jurisdictional in nature.

The principles of non-intervention within jurisdiction and of judicial review of excess of jurisdiction are of equal importance in the area of administrative law, and one cannot be allowed to override the other. Claims which are nothing more than "appeals" from otherwise valid administrative decisions should rightly be dismissed. It is wrong, however, to dismiss claims which raise valid jurisdictional questions simply because they come from administrative decision making bodies and not from the courts. The true focus for decision making is not on the degree of restraint to be exercised, but on the existence and nature of the error, be it a consensual arbitration or not.

There is no need for a particularly restricted scope for judicial review in the case of consensual arbitrations. Notwithstanding differences as to who or what sets the parameters of the arbitrator's jurisdiction, judicial review is available whenever an arbitrator exceeds his or her jurisdiction for the award rendered will not reflect the will of the parties or respect the terms of the statute.

question, que l'arbitre a effectivement commis une erreur de droit, cette erreur ne touchait pas à la compétence et n'était donc pas sujette au contrôle judiciaire.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): L'arbitre a commis une erreur de droit lorsqu'il a décidé que le par. 107(2) du *Code canadien du travail* privait l'employeur du droit d'imposer des mesures disciplinaires aux employés pendant une grève. Ce paragraphe permet aux employeurs d'imposer des mesures disciplinaires pour des activités qui se sont déroulées pendant une grève, pour autant que ces mesures ne visent pas à punir des employés pour des activités syndicales et leur participation à une grève légale. La version française de ce paragraphe et la jurisprudence appuient toutes les deux cette interprétation.

Une erreur de droit commise dans le contexte d'un arbitrage doit être juridictionnelle pour donner ouverture au contrôle judiciaire. Lorsqu'un arbitre commet une erreur en définissant sa compétence pour trancher une question particulière et décide de répondre à une question différente, la réponse relève de la compétence envisagée. En l'espèce, l'erreur de l'arbitre dans l'interprétation du par. 107(2) du *Code canadien du travail*, portant qu'il n'existait pas de relation employeur-employé, est à l'origine de son refus d'exercer la compétence dont il avait été investi par les parties. La décision de l'arbitre portant que l'employeur n'avait pas le droit d'imposer des mesures disciplinaires aux employés en grève était essentielle à toutes ses conclusions et touchait donc à la compétence.

Les principes de non-intervention lorsqu'il y a compétence et de contrôle judiciaire lorsqu'il y a excès de compétence sont d'égale importance en droit administratif et l'un ne saurait avoir préséance sur l'autre. Il est correct de rejeter les demandes qui ne sont rien d'autre que des «appels» de décisions administratives par ailleurs valides. Toutefois, il est incorrect de rejeter les demandes qui soulèvent des questions de compétence valides simplement parce qu'elles proviennent d'organismes administratifs plutôt que de tribunaux judiciaires. La décision doit véritablement porter non pas sur le degré de retenue judiciaire, mais sur l'existence et la nature de l'erreur, peu importe qu'il s'agisse d'un arbitrage consensuel ou non.

Il n'est pas nécessaire de donner une portée particulièrement limitée au contrôle judiciaire des arbitrages consensuels. Nonobstant les différences qui peuvent exister quant à la question de savoir qui ou qu'est-ce qui fixe les paramètres de la compétence de l'arbitre, il peut y avoir contrôle judiciaire dans tous les cas où un arbitre excède sa compétence car la sentence rendue ne reflète pas alors la volonté des parties et ne respecte pas les termes de la loi.

A non-interventionist approach is acceptable as long as it protects the rights and interests of individuals, but it must not be extended to denying recourse to courts of justice on the sole ground that such courts are reluctant to "interfere". When an arbitrator fails to act within jurisdiction, the court does not have the discretion to intervene; it has a duty to intervene at the behest of one or another of the parties.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri, [1962] S.C.R. 609; *Re Allanson* (1971), 20 D.L.R. (3d) 49; *Dumais v. Champoux Automobile Inc.*, [1970] T.T. 120; *Commission des normes du travail c. Manufacture Sorel Inc.*, [1984] C.S. 747; *Firestone Tire & Rubber Co. v. N.L.R.B.*, 449 F.2d 511 (1971); *N.L.R.B. v. Hartmann Luggage Co.*, 453 F.2d 178 (1971); *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412; *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382; *Douglas Aircraft Co. of Canada Ltd. v. McConnell*, [1980] 1 S.C.R. 245; *Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720*, [1980] 1 S.C.R. 178.

Statutes and Regulations Cited

Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 107(2), 184(3)(a)(vi), as am.
Labour Code, R.S.Q., c. C-27, s. 110.
Labour Relations Act, R.S.O. 1960, c. 202, s. 1(2).

Authors Cited

Gagnon, Robert, Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail en vigueur au Québec*. Québec: Les Presses de l'Université Laval, 1971.
 MacNeil, Michael. "Recent Developments in Canadian Law: Labour Law" (1986), 18 *Ottawa L.R.* 83.
 Nadeau, Gaston. "Le contrôle judiciaire des tribunaux du travail — Quelques commentaires sur la révision des sentences arbitrales par la Cour Suprême du Canada" in Meredith Memorial Lectures, 1980, Faculty of Law, McGill University. *New Developments in Federal and Provincial Labour Law*. Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1981.
 Nadeau, Gaston. *Le statut juridique du salarié-gréviste québécois*. Québec: Les Presses de l'Université Laval, 1981.
 Sack, Jeffrey and C. Michael Mitchell. *Ontario Labour Relations Board: Law and Practice*. Toronto: Butterworths, 1985.

La politique de non-intervention est acceptable dans la mesure où elle protège les droits et les intérêts des particuliers, mais elle ne doit pas servir à refuser des recours aux tribunaux judiciaires pour le seul motif que ces tribunaux hésitent à «intervenir». Quand un arbitre ne respecte pas sa compétence, un tribunal judiciaire n'a pas le pouvoir discrétionnaire d'intervenir, il a le devoir d'intervenir à la demande de l'une ou l'autre des parties.

Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri, [1962] R.C.S. 609; *Re Allanson* (1971), 20 D.L.R. (3d) 49; *Dumais v. Champoux Automobile Inc.*, [1970] T.T. 120; *Commission des normes du travail c. Manufacture Sorel Inc.*, [1984] C.S. 747; *Firestone Tire & Rubber Co. v. N.L.R.B.*, 449 F.2d 511 (1971); *N.L.R.B. v. Hartmann Luggage Co.*, 453 F.2d 178 (1971); *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412; *Union internationale des employés des services, local no. 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382; *Douglas Aircraft Co. of Canada Ltd. c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245; *Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., local 720*, [1980] 1 R.C.S. 178.

Lois et règlements cités

Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 107(2), 184(3)(a)(vi), et mod.
Code du travail, L.R.Q., chap. C-27, art. 110.
Labour Relations Act, R.S.O. 1960, chap. 202, art. 1(2).

Doctrines citées

Gagnon, Robert, Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail en vigueur au Québec*. Québec: Les Presses de l'Université Laval, 1971.
 MacNeil, Michael. «Recent Developments in Canadian Law: Labour Law» (1986), 18 *Ottawa L.R.* 83.
 Nadeau, Gaston. «Le contrôle judiciaire des tribunaux du travail — Quelques commentaires sur la révision des sentences arbitrales par la Cour Suprême du Canada» in Meredith Memorial Lectures, 1980, Faculty of Law, McGill University. *Les tendances actuelles en droit du travail provincial et fédéral*. Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1981.
 Nadeau, Gaston. *Le statut juridique du salarié-gréviste québécois*. Québec: Les Presses de l'Université Laval, 1981.
 Sack, Jeffrey and C. Michael Mitchell. *Ontario Labour Relations Board: Law and Practice*. Toronto: Butterworths, 1985.

Wade, H. W. R. Judicial Review—Comment, in response to Peter A. Gall, “Judicial Review of Labour Tribunals: A Functional Approach”, in *Proceedings of the Administrative Law Conference*, University of British Columbia, 1979. Vancouver: U.B.C. Law Review, 1981.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1985), 65 B.C.L.R. 145, dismissing an appeal from a judgment of Esson J. in chambers (1981), 127 D.L.R. (3d) 697, setting aside an arbitration of H. A. Hope and remitting it for reconsideration. Appeal allowed, L’Heureux-Dubé J. dissenting.

Morley Shortt, Q.C., and *Shona Moore*, for the appellants.

Jack Giles, Q.C., and *Alison Narod*, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

THE CHIEF JUSTICE and LAMER, WILSON AND LA FOREST JJ.—We are of the view that this appeal succeeds. The two issues in this Court were:

(1) whether the arbitrator erred in law when he found that an employer has no power to impose discipline during a legal strike, and,

(2) whether the arbitrator’s error of law was jurisdictional in nature and therefore subject to review.

Lambert J.A., of the British Columbia Court of Appeal, agreed with the majority by answering in the affirmative the first question, but then, dissenting, would have allowed the appeal as he was of the view that the error committed was not of a jurisdictional nature.

Assuming, without deciding, that the arbitrator did err in law, we agree with Lambert J.A. that the error was not in any event of a jurisdictional nature and therefore not open to review.

Wade, H. W. R. Judicial Review—Comment, in response to Peter A. Gall, «Judicial Review of Labour Tribunals: A Functional Approach», in *Proceedings of the Administrative Law Conference*, University of British Columbia, 1979. Vancouver: U.B.C. Law Review, 1981.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (1985), 65 B.C.L.R. 145, qui a rejeté un appel contre un jugement du juge Esson en son cabinet (1981), 127 D.L.R. (3d) 697, qui avait annulé un arbitrage de H. A. Hope et l’avait renvoyé pour qu’il soit examiné de nouveau. Pourvoi accueilli, le juge L’Heureux-Dubé est dissidente.

Morley Shortt, c.r., et *Shona Moore*, pour l’appellant.

Jack Giles, c.r., et *Alison Narod*, pour l’intimée.

Version française du jugement rendu par

LE JUGE EN CHEF ET LES JUGES LAMER, WILSON ET LA FOREST—Nous sommes d’avis d’accueillir ce pourvoi. Les deux questions en litige devant cette Cour sont de savoir

(1) si l’arbitre a commis une erreur de droit lorsqu’il a conclu qu’un employeur n’a pas le pouvoir d’imposer des mesures disciplinaires pendant une grève légale, et

(2) si cette erreur de droit porte atteinte à la compétence de l’arbitre et si, de ce fait, elle est sujette au contrôle judiciaire.

Le juge Lambert de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a partagé l’opinion de la majorité et répondu par l’affirmative à la première question, mais, dans sa dissidence, il aurait accueilli l’appel car il était d’avis que l’erreur commise ne touchait pas à la compétence.

Tenant pour acquis, sans toutefois trancher la question, que l’arbitre a effectivement commis une erreur de droit, nous sommes d’accord avec le juge Lambert pour dire que l’erreur ne touchait en aucune façon à la compétence et qu’elle n’était donc pas sujette au contrôle judiciaire.

In that regard, we adopt his reasons for judgment, (they are conveniently reported as, *British Columbia Telephone Co. v. Telecommunication Workers Union* (1985), 65 B.C.L.R. 145, at pp. 146-59), as we feel we could not usefully add to them, except to say as follows. Like Lambert J.A., we consider it significant that the matter was referred to the arbitrator in highly imprecise terms; it is not possible to conclude from the terms of reference that both the union and the employer were in agreement that the employer had the right to discipline striking employees and that the sole question for the arbitrator was the appropriate disciplinary action; it is clear from the union's submissions throughout that they did dispute the employer's right to impose any disciplinary measures; in light of the broad terms of reference put to him, it was squarely within the arbitrator's jurisdiction to consider whether the employer had the right to discipline workers participating in a lawful strike, and if the answer to that question was in the affirmative, what discipline was appropriate in the circumstances.

We would therefore allow the appeal and restore the award of the arbitrator, with costs throughout.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—This case raises two main issues which arise out of an arbitral decision made during the course of a labour dispute between the two parties in appeal. The issues are:

1. Did the arbitrator err in law when he found that an employer has no power to impose discipline during a legal strike?
2. In the affirmative, was the arbitrator's error of law jurisdictional in nature and therefore subject to review?

An answer to these questions necessarily involves a consideration of the meaning of s. 107(2) of the *Canada Labour Code* R.S.C. 1970, c. L-1, amended by S.C. 1972, c. 18; S.C. 1977-78,

À cet égard, nous adoptons ses motifs de jugement (publiés sous l'intitulé *British Columbia Telephone Co. v. Telecommunication Workers Union* (1985), 65 B.C.L.R. 145, aux pp. 146 à 159) puisque nous estimons que nous ne sommes pas en mesure de leur ajouter quoi que ce soit d'utile. À l'instar du juge Lambert, nous considérons qu'il est significatif que l'affaire ait été soumise à l'arbitre en des termes très imprécis. Il n'est pas possible de conclure du mandat confié que le syndicat et l'employeur s'accordaient pour dire que l'employeur avait le droit d'imposer des mesures disciplinaires aux employés en grève et que la seule question qu'avait à trancher l'arbitre était celle des mesures disciplinaires à imposer. Il ressort nettement des arguments avancés par le syndicat pendant toutes les procédures qu'il contestait effectivement le droit de l'employeur d'imposer des mesures disciplinaires. Compte tenu du mandat qui lui avait été confié, l'arbitre avait nettement compétence pour déterminer si l'employeur avait le droit d'imposer des mesures disciplinaires aux travailleurs participant à une grève légale, et dans l'affirmative, pour décider lesquelles devaient être imposées dans les circonstances.

Nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la sentence arbitrale, avec dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—Ce pourvoi soulève deux questions principales qui découlent d'une décision arbitrale rendue pendant un conflit de travail opposant les deux parties devant nous:

1. L'arbitre a-t-il commis une erreur de droit lorsqu'il a conclu qu'un employeur n'a pas le pouvoir d'imposer des mesures disciplinaires pendant une grève légale?
2. Dans l'affirmative, cette erreur de droit porte-t-elle atteinte à la compétence de l'arbitre et de ce fait, est-elle sujette au contrôle judiciaire?

Une réponse à ces questions implique nécessairement un examen de la portée du par. 107(2) du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1, modifié par S.C. 1972, chap. 18, S.C. 1977-78,

c. 27; S.C. 1980-81-82-83, cc. 47, 121; S.C. 1984, cc. 39, 40, which reads:

107. . . .

(2) No person ceases to be an employee within the meaning of this Part by reason only of his ceasing to work as the result of a lockout or strike or by reason only of his dismissal contrary to this Part.

It also involves an inquiry into the proper scope of judicial review of consensual arbitrations.

The majority of this Court assumed without deciding that the arbitrator erred in law. They answered the second question in the negative, and allowed the appeal. I cannot agree with the conclusions of the majority. Furthermore, I feel that the questions raised merit greater discussion.

Facts

The parties to this appeal were involved in a long and bitter labour dispute between September 1980 and March 1981. The terms of the collective agreement between them expired in 1979. When negotiations were unsuccessful, the union commenced a limited strike involving several hundred of the company's employees. This was soon followed by a full strike of all bargaining unit employees, who numbered about ten thousand. The day to day operations of the company during the strike were carried out by supervisors and other non-bargaining unit personnel. The arbitrator described the strike as antagonistic. He commented:

On the evidence before me all employees involved committed acts that would be deserving of discipline in a normal employer-employee relationship. The acts ranged from minor acts of sabotage, such as letting the air out of tires, to criminally stupid acts such as threats of bodily harm to supervisors and their families.

During the course of the strike, the employer dismissed 24 of the striking employees for alleged misconduct. On March 2, 1981, the parties reached an agreement on the terms of a new collective agreement but could not settle the strike

chap. 27, S.C. 1980-81-82-83, chap. 47 et 121, S.C. 1984, chap. 39 et 40, dont voici le texte:

107. . . .

(2) Aucune personne ne cesse d'être un employé au sens où l'entend la présente Partie du seul fait qu'elle cesse de travailler par suite d'un lock-out ou d'une grève ni du seul fait qu'elle a été congédiée en violation de la présente Partie.

Se pose également la question de l'étendue du contrôle judiciaire en matière d'arbitrage consensuel.

Cette Cour à la majorité a présumé, sans pour autant en décider, que l'arbitre avait commis une erreur de droit. Répondant par la négative à la seconde question, elle accueille le pourvoi. Je ne suis pas d'accord. Je suis par ailleurs d'avis que les questions soulevées méritent une discussion plus poussée.

Les faits

Les parties au présent pourvoi ont été mêlées, de septembre 1980 à mars 1981, à un conflit de travail long et acharné. La convention collective qu'elles avaient négociée avait pris fin en 1979. Les négociations n'ayant pas abouti, le syndicat a déclenché une grève limitée touchant plusieurs centaines d'employés de la compagnie. Le conflit a rapidement dégénéré en grève générale de tous les employés, au nombre de 10 000 environ, faisant partie de l'unité de négociation. Les surveillants et d'autres employés exclus des unités de négociation ont assuré le fonctionnement quotidien de la compagnie pendant la grève. L'arbitre a qualifié la grève d'hostile. Il a fait ces commentaires:

[TRADUCTION] D'après les éléments de preuve qui m'ont été présentés, tous les employés visés ont commis des actes qui entraîneraient des mesures disciplinaires dans le cadre d'une relation normale entre employeur et employé. Les actes allaient d'actes mineurs de sabotage, comme le dégonflage de pneus, à des actes criminels stupides, comme des menaces de blessures faites à l'encontre des surveillants et de leurs familles.

Pendant la grève, l'employeur a congédié 24 grévistes pour inconduite. Le 2 mars 1981, les parties en sont venues à une entente sur les termes d'une nouvelle convention collective. Elles n'ont toutefois pas pu régler la grève en raison d'un

due to a disagreement over the fate of the 24 strikers who had been dismissed. On March 14 it was agreed that the issue would be referred to arbitration. The arbitral award was handed down on April 2 and in it the arbitrator directed that all 24 employees be returned to work immediately with no penalty of any kind. It is this award which is the subject of this appeal.

Decisions of the Arbitrator and the Courts Below

1. *The Arbitral Award*

The arbitrator, H. A. Hope, discussed the background to the dispute and summed up the positions of the parties. He then went on to consider what he felt to be the "essence" of the employer-employee relationship. His conclusions on this point are crucial to the question of the right of an employer to impose discipline during a strike. The arbitrator decided that during the strike the normal employer-employee relationship is almost completely severed. He concluded that:

The Employer has no inherent right to discipline and the preservation of the status of employee under the statute does not confer any such right either expressly or implicitly.

The arbitrator felt that the limited purpose of s. 107(2) was to "preserve the employment status in order to permit the Union in its role as bargaining agent to continue to bargain on behalf of the striking employees." He concluded that the normal relationship between employer and employee could not exist during a strike. In consequence of this determination, he decided that any "use of disciplinary powers during a strike is an offence." It is this interpretation of the *Canada Labour Code*, particularly of s. 107(2) and s. 184(3)(a)(vi), which forms the basis for his decision not to impose any disciplinary sanctions upon the 24 employees. The arbitrator summed up his decision in jurisdictional terms:

... I must consider if I have any jurisdiction to assess the conduct of the employees in question. The position of the Union is clear. It urges that in the absence of an employer-employee relationship I have no more jurisdic-

désaccord sur le sort des 24 grévistes congédiés. Le 14 mars, il a été convenu que la question serait soumise à l'arbitrage. La sentence arbitrale, rendue le 2 avril, ordonne le retour au travail immédiat des 24 employés sans aucune pénalité. C'est cette sentence arbitrale qui fait l'objet du présent pourvoi.

b Décisions de l'arbitre et des tribunaux d'instance inférieure

1. *La sentence arbitrale*

L'arbitre H. A. Hope a fait l'historique du conflit et résumé les positions des parties. Il a ensuite examiné ce qu'il considérait comme l'«essentiel» de la relation employeur-employé. Ses conclusions sur ce point revêtent une importance capitale en ce qui concerne le droit d'un employeur d'imposer des mesures disciplinaires pendant une grève. L'arbitre a décidé que, pendant une grève, la relation qui existe normalement entre un employeur et son employé est presque totalement rompue. Il a conclu que:

[TRADUCTION] L'employeur ne jouit d'aucun droit inhérent en matière de discipline et le maintien du statut d'employé au sens de la Loi ne confère un tel droit ni expressément ni implicitement.

L'arbitre a estimé que l'objectif limité visé par le par. 107(2) était de [TRADUCTION] «maintenir le statut d'employé afin de permettre au syndicat, en sa qualité d'agent négociateur, de continuer à négocier pour le compte des employés en grève». Il a conclu que la relation normale entre un employeur et son employé ne pouvait pas exister pendant une grève. Il en a donc conclu que [TRADUCTION] «l'exercice de pouvoirs disciplinaires pendant une grève constitue une infraction.» Sa décision de ne pas imposer de mesures disciplinaires aux 24 employés repose sur cette interprétation du *Code canadien du travail*, plus particulièrement du par. 107(2) et du sous-al. 184(3)(a)(vi). L'arbitre a résumé sa décision comme une de compétence:

[TRADUCTION] ... je dois examiner si j'ai compétence pour évaluer la conduite des employés en question. La position du syndicat est claire. Il soutient qu'en l'absence d'une relation employeur-employé, je n'ai pas plus com-

tion to impose discipline on the employees in question than the employer itself.

The arbitrator then went on to formulate a test to evaluate the conduct of the 24 employees. The test centred around an inquiry as to whether the conduct of the employees was directly related to the labour dispute. The approach of the arbitrator, based upon his conclusion as to the status of the employer-employee relationship, was to dismiss from consideration for discipline any conduct directly related to the labour dispute. He stated: "On an application of that test I have concluded that all the employees should be returned to work immediately."

2. *British Columbia Supreme Court (1981), 127 D.L.R. (3d) 697*

Esson J. considered at length the question of the status of employees during a strike. He rejected the conclusion of the arbitrator, at p. 705:

Termination of the relationship is not inherently inconsistent with the concept of a strike. No one, I think, would question that an employee who decides he no longer wants the job can terminate his relationship with the employer during a strike. Different considerations obviously apply to termination by the employer, but clearly the survival of that power is not inherently inconsistent with the existence of a strike in the same way as, say, the survival of the obligation of the striking employee to report for work.

The arbitrator's view, which he puts forcefully, is that to allow an employer to terminate during a strike is inconsistent with the concept of a strike because it is unfair to give such a "unilateral" power to one party. That is a subjective view as to what, as a matter of policy, is necessary to maintain a proper balance between conflicting interests and, as such, is a matter for Parliament.

In Esson J.'s view, the right to dismiss an employee is retained so long as the dismissal is for cause, and does not constitute an unfair labour practice as prohibited in s. 184 of the *Canada Labour Code*.

pétence que l'employeur lui-même pour imposer une mesure disciplinaire aux employés en question.

L'arbitre a ensuite énoncé un test pour l'évaluation de la conduite des 24 employés. Le test visait une enquête de nature à déterminer si la conduite des employés était directement reliée au conflit de travail. L'approche de l'arbitre, fondée sur sa conclusion quant au statut de la relation employeur-employé, consistait à ne pas tenir compte à des fins disciplinaires de toute conduite directement reliée au conflit de travail. Il a dit: [TRADUCTION] «Appliquant ce test, j'en viens à la conclusion que tous les employés devraient retourner au travail immédiatement.»

2. *Cour suprême de la Colombie-Britannique (1981), 127 D.L.R. (3d) 697*

Le juge Esson a fait un examen approfondi de la question du statut des employés pendant une grève. Il a rejeté la conclusion de l'arbitre, à la p. 705:

[TRADUCTION] La cessation de la relation n'est pas incompatible en soi avec le concept d'une grève. À mon avis, nul ne contesterait le fait qu'un employé qui décide qu'il ne veut plus l'emploi peut mettre fin à sa relation avec l'employeur au cours d'une grève. De toute évidence, des considérations différentes s'appliquent au congédiement par l'employeur, mais il va sans dire que la persistance de ce pouvoir n'est pas incompatible en soi avec l'existence d'une grève de la même manière que, disons, la persistance de l'obligation de l'employé en grève de se présenter au travail.

La position que l'arbitre défend vigoureusement porte que permettre à un employeur de congédier un employé pendant une grève est incompatible avec le concept d'une grève parce qu'il est injuste d'accorder un tel pouvoir «unilatéral» à une partie. Il s'agit là d'une opinion subjective sur la question de savoir ce qui, en principe, est nécessaire pour maintenir le juste équilibre entre les intérêts opposés et, à ce titre, cela est du ressort du législateur.

Selon le juge Esson, le droit de congédier un employé est préservé en autant que le congédiement est motivé et ne constitue pas une pratique déloyale de travail prohibée par l'art. 184 du *Code canadien du travail*.

After reaching his conclusion as to the error of law of the arbitrator, Esson J. went on to find that the error was jurisdictional (pp. 709-10):

... from cl. 5 of the submission, it is clear that the arbitrator was also called upon to decide whether, if dismissal was found inappropriate there should be the lesser penalty of suspension. That much, at least, was included in the question.

The arbitrator's answer to the question whether the employees should "remain dismissed" was, in effect, to say that the question could not arise because, as a matter of law, the employer had no power of dismissal. So he did not consider, in relation to the merits of each case as disclosed by the evidence, whether the employee should remain dismissed.

Esson J. concluded, at pp. 711 and 712:

I accept that the question whether the employees should return to work is in substance the same as the question whether they should remain dismissed. But the question answered must be defined as including the criteria applied and the remedies held to be available. When those matters are considered, it is clear that the question answered was fundamentally different from that which was asked, and that that difference flowed from the error in law.

It would be entirely within his jurisdiction to have regard, as a relevant circumstance, to the question whether the conduct complained of was related to the strike. But that is not the way in which the arbitrator applied the test. Rather, he concluded, as a matter of law, that, where the acts complained of were directly related to the labour dispute, no discipline or sanction of any kind could be imposed.

Thus Esson J. held that the arbitrator had erred in his conclusions as to the relationship between employer and employee during a strike, and that such an error was jurisdictional in nature, given the effect it had upon his determination of the question submitted to him for resolution.

Ayant conclu que l'arbitre avait commis une erreur de droit, le juge Esson a ensuite déterminé que l'erreur touchait à la compétence, aux pp. 709 et 710:

^a [TRADUCTION] ... il ressort nettement du cinquième moyen qu'on avait également demandé à l'arbitre de décider si, dans le cas où le congédiement serait jugé inapproprié la suspension, pénalité moins sévère, devrait être imposée. Cela, au moins, était inclus dans la ^b question.

La réponse de l'arbitre à la question de savoir si le «congédiement» des employés devait «être maintenu» revenait, en fait, à dire que la question ne pouvait se poser puisque, du point de vue juridique, l'employeur ^c n'avait aucun pouvoir de congédier. Il n'a donc pas examiné si le congédiement des employés était bien fondé et devait être maintenu ni tenu compte de la preuve soumise dans chaque cas.

^d Le juge Esson conclut, aux pp. 711 et 712:

[TRADUCTION] J'accepte que la question de savoir si les employés devaient retourner au travail est essentiellement la même que celle de savoir si leur congédiement devait être maintenu. Toutefois, la question à laquelle on ^e répond doit être définie comme comprenant les critères appliqués et les redressements jugés disponibles. Lorsque ces points sont examinés, il est manifeste que la question à laquelle on a répondu était essentiellement différente de celle qui a été posée et que cette différence découle de ^f l'erreur de droit commise.

Il aurait parfaitement eu compétence pour tenir compte, à titre de circonstance pertinente, de la question de ^g savoir si la conduite reprochée était reliée à la grève. Toutefois, ce n'est pas de cette façon que l'arbitre a appliqué le test. Il a plutôt conclu que, du point de vue juridique, si les actes reprochés étaient directement reliés au conflit de travail, aucune mesure disciplinaire ^h ni aucune sanction de quelque nature que ce soit ne pouvaient être imposées.

Le juge Esson a donc statué que l'arbitre avait commis une erreur dans ses conclusions sur la ⁱ relation qui existe entre un employeur et son employé pendant une grève et qu'une telle erreur touchait à la compétence étant donné l'effet qu'elle avait eu sur sa réponse à la question qui lui avait été posée.

3. *British Columbia Court of Appeal (1985), 65 B.C.L.R. 145*

The majority of the B.C. Court of Appeal chose to follow the reasoning of Esson J. In a brief opinion, Anderson J.A. added only one point to the general conclusions of Esson J. Anderson J.A. chose to deal with the following submission of counsel for the appellant, at p. 162:

Assuming that the arbitrator erred in law in determining that the "employer-employee" relationship ceased to exist after the commencement of the strike, his selection of the "three-part test" was unrelated to the above described error in law and therefore it is not open to the courts to set aside the award.

The majority disagreed with this proposition. They found, on the contrary, that this test was directly related to the error of law. Anderson J.A. summarized the arbitrator's decision to show how the determination of the nature of the employer-employee relationship affected subsequent conclusions. He held, at p. 163, that:

It will be seen from the above review that the selection of the "three-part test" was not made in isolation but was tied directly to the erroneous conclusion reached by the arbitrator that the "employer-employee" relationship ceased to exist after the strike commenced.

Thus the majority of the Court of Appeal found that the arbitrator's decision as to the status of employees during a strike was erroneous, and that this error permeated the entire award in such a way that it constituted a jurisdictional error.

Lambert J.A. was in dissent in the Court of Appeal. His reasons for judgment are those accepted by the majority of this Court. Lambert J.A. agreed with Esson J. and the majority of the Court of Appeal that the arbitrator's interpretation of the status of employees during a strike was erroneous. He wrote, at p. 150:

The use of the word "only" in s. 107(2) supports the conclusion that the relationship may cease during the strike, for reasons other than the strike itself. I think that an employee, while on strike, may resign as an employee and so terminate the relationship completely. I think that the employer may dismiss an employee for

3. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1985), 65 B.C.L.R. 145*

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à la majorité, a adopté les raisons du juge Esson. Dans une brève opinion, le juge Anderson n'a ajouté qu'un seul commentaire aux conclusions générales du juge Esson. Le juge Anderson a discuté du moyen suivant mis de l'avant par l'avocat de l'appellant, à la p. 162:

[TRADUCTION] Si l'on présume que l'arbitre a commis une erreur de droit lorsqu'il a conclu que la relation «employeur-employé» a cessé d'exister après le déclenchement de la grève, le choix qu'il a fait du «test à trois volets» n'était pas lié à l'erreur de droit décrite précédemment et, par conséquent, il n'est pas loisible aux tribunaux d'annuler la sentence arbitrale.

La majorité de la Cour n'a pas souscrit à cette proposition. Au contraire, elle a conclu que ce test était directement relié à l'erreur de droit. Le juge Anderson a résumé la décision de l'arbitre pour démontrer comment la détermination de la nature de la relation employeur-employé a influé sur ses conclusions subséquentes. Voici ce qu'il a conclu, à la p. 163:

[TRADUCTION] L'examen qui précède permet de constater que le choix du «test à trois volets» n'a pas été fait de manière isolée mais est lié directement à la conclusion erronée tirée par l'arbitre, selon laquelle la relation «employeur-employé» a cessé d'exister après le déclenchement de la grève.

La Cour d'appel, à la majorité, a donc conclu que la décision de l'arbitre sur le statut des employés pendant une grève était erronée et que cette erreur avait influé sur toute la sentence arbitrale au point de constituer une erreur de compétence.

Le juge Lambert a été dissident en Cour d'appel. Ses motifs de jugement sont ceux auxquels a souscrit cette Cour à la majorité. Le juge Lambert était d'accord avec le juge Esson et la Cour d'appel à la majorité pour dire que l'interprétation donnée par l'arbitre au statut des employés pendant une grève était erronée. Voici ce qu'il a écrit, à la p. 150:

[TRADUCTION] L'emploi de l'expression «du seul fait» au par. 107(2) appuie la conclusion selon laquelle la relation peut cesser d'exister pendant la grève pour des motifs autres que la grève elle-même. Je suis d'avis qu'un employé, pendant qu'il est en grève, peut démissionner à titre d'employé et ainsi mettre complètement

conduct that is inconsistent with the resumption of the full relationship when the strike ends.

However, Lambert J.A. did not find this error to be jurisdictional. He stressed that the arbitration was governed by a "privative clause" and that it was a consensual arbitration. On the question of the privative clause, Lambert J.A. found that where such a clause exists, an arbitral decision cannot be reviewed for mere error of law. He also stated at p. 152 that, with a consensual arbitration, the court "must look to the terms of the submission and not to the provisions of a statute in deciding on the scope of the "jurisdiction" conferred by the parties on the arbitrator". Lambert J.A.'s second concern with respect to consensual arbitrations was that such awards are expressly tailored to the needs of the parties. He observed, at p. 152:

The significant fact about a consensual arbitrator is that the parties have picked the arbitration process, and they have picked the arbitrator, because they want that process and that arbitrator in preference to any other process or any other decision maker. And they want the arbitrator to do what they ask him to do in the way they ask him to do it and not to do something else in some other way.

In Lambert J.A.'s view, therefore, a different approach is required when judicial review of a consensual arbitration is requested. He suggested that judicial restraint receive its maximum scope in such circumstances.

Lambert J.A. at p. 159, defined the question asked in this case as:

"What is to be done about the 24 employees who were dismissed during the strike, and who, by agreement, reported back to work on Monday, 23 March, 1981: Should any or all of them be dismissed or suspended?"

In the opinion of Lambert J.A., that was the question answered by the arbitrator when he decided that the employees should all return to work.

fin à la relation. J'estime que l'employeur peut congédier un employé en raison d'une conduite qui est incompatible avec le rétablissement d'une relation pleine et entière à la fin de la grève.

^a Toutefois, le juge Lambert n'a pas conclu que cette erreur touchait à la compétence. Il a souligné que l'arbitrage était régi par une «clause privative» et qu'il s'agissait d'un arbitrage consensuel. Quant à la question de la clause privative, le juge Lambert a conclu que, lorsqu'une telle clause existe, une décision arbitrale ne peut faire l'objet d'un examen en raison d'une simple erreur de droit. De plus, il a affirmé à la p. 152 que, dans le cas d'un arbitrage consensuel, le tribunal [TRADUCTION] «doit examiner les termes du compromis et non les dispositions d'une loi pour décider de la portée de la «compétence» conférée par les parties à l'arbitre». La seconde préoccupation du juge Lambert en ce qui a trait aux arbitrages consensuels portait sur le fait que ces sentences arbitrales sont expressément adaptées aux besoins des parties. Il fait remarquer, à la p. 152:

^e [TRADUCTION] Ce qui importe au sujet d'un arbitre choisi par les parties est que ces dernières ont choisi le processus d'arbitrage et ont choisi l'arbitre parce qu'elles préfèrent ce processus et cet arbitre à toute autre procédure ou à toute autre instance décisionnelle. De plus, elles veulent que l'arbitre fasse ce qu'elles lui demandent de faire de la manière qu'elles lui prescrivent et qu'il ne fasse rien d'autre de quelque autre manière.

Par conséquent, de l'avis du juge Lambert, une approche différente est requise lorsqu'il s'agit du contrôle judiciaire d'un arbitrage consensuel. Il a laissé entendre qu'un maximum de retenue judiciaire est nécessaire dans de telles circonstances.

^b Le juge Lambert, à la p. 159, a défini la question posée en l'espèce de la manière suivante:

[TRADUCTION] «Que doit-on faire des 24 employés qui ont été congédiés pendant la grève et qui, à la suite d'une entente, se sont présentés au travail le lundi 23 mars 1981: doivent-ils tous être congédiés ou suspendus ou seulement certains d'entre eux?»

Selon le juge Lambert, c'est là la question à laquelle l'arbitre a répondu lorsqu'il a décidé que les employés devaient tous retourner au travail.

Error of Law

The first step in this inquiry is to determine whether the arbitrator erred in law when he decided that s. 107(2) of the *Canada Labour Code* removed the employer's right to discipline employees during the course of a strike. This question concerns the proper determination of the status of the employer-employee relationship during a legal strike. Two sections of the *Canada Labour Code* are relevant, and I will reproduce them here:

107. . . .

(2) No person ceases to be an employee within the meaning of this Part by reason only of his ceasing to work as the result of a lockout or strike or by reason only of his dismissal contrary to this Part.

184. . . .

(3) No employer and no person acting on behalf of an employer shall

(a) refuse to employ or to continue to employ or suspend, transfer, lay off or otherwise discriminate against any person in regard to employment, pay or any other term or condition of employment or intimidate, threaten or otherwise discipline any person, because the person

(vi) has participated in a strike that is not prohibited by this Part or exercised any right under this Part,

The arbitrator concluded, after considering these provisions, that s. 107(2) preserved only enough of the employer-employee relationship to allow the union to act as a bargaining agent during the strike.

Esson J. and all three judges of the Court of Appeal found that this conclusion erroneously and unduly restricted the meaning of s. 107(2). Lambert J.A., who dissented in the Court of Appeal on the question of the jurisdictional nature of the error, wrote at p. 150:

The employer-employee relationship is not in full flower during the strike but, at the very least, there must remain a continuing obligation on each party to the relationship not to do anything that so damages the root of the relationship that the relationship will never be able to flower again.

Erreur de droit

La première étape de cette analyse consiste à déterminer si l'arbitre a commis une erreur de droit lorsqu'il a décidé que le par. 107(2) du *Code canadien du travail* privait l'employeur du droit d'imposer des mesures disciplinaires aux employés pendant une grève. Cette question porte sur la juste détermination du statut de la relation employeur-employé pendant une grève légale. Deux dispositions du *Code canadien du travail* sont pertinentes et en voici le texte:

107. . . .

(2) Aucune personne ne cesse d'être un employé au sens où l'entend la présente Partie du seul fait qu'elle cesse de travailler par suite d'un lock-out ou d'une grève ni du seul fait qu'elle a été congédiée en violation de la présente Partie.

184. . . .

(3) Nul employeur et nulle personne agissant pour le compte d'un employeur ne doit

a) refuser d'embaucher ou de continuer à employer ou suspendre, transférer, mettre à pied, ni autrement prendre contre une personne des mesures discriminatoires en ce qui concerne un emploi, le salaire ou autres conditions d'emploi, ni intimider, menacer ou prendre d'autres mesures disciplinaires à l'encontre d'une personne, parce que cette personne

(vi) a participé à une grève qui n'est pas interdite par la présente Partie ou exercé un droit quelconque en vertu de cette dernière;

L'arbitre a conclu, après avoir examiné ces dispositions, que le par. 107(2) ne préservait la relation employeur-employé que dans la mesure nécessaire pour permettre au syndicat d'agir en qualité d'agent négociateur pendant la grève.

Le juge Esson ainsi que les trois juges de la Cour d'appel ont décidé que cette conclusion limitait indûment et de façon erronée le sens du par. 107(2). Le juge Lambert, dissident en Cour d'appel sur la question de l'erreur juridictionnelle, écrit à la p. 150:

[TRADUCTION] La relation employeur-employé n'est pas à son meilleur pendant la grève mais, à tout le moins, chaque partie doit continuer d'éviter de faire quoi que ce soit qui détériore le fondement de cette relation au point qu'elle ne puisse plus jamais renaître.

I agree that the arbitrator erred in interpreting s. 107(2). This Court has had the opportunity to discuss the status of employees during a strike with respect to the bargaining agent in *Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri*, [1962] S.C.R. 609. In that case, the Court was considering a provision of the Ontario *Labour Relations Act*, R.S.O. 1960, c. 202, similar to s. 107(2) of the *Canada Labour Code*. The Ontario provision read:

1. . . .

(2) For the purposes of this Act, no person shall be deemed to have ceased to be an employee by reason only of his ceasing to work for his employer as the result of a lock-out or strike or by reason only of his being dismissed by his employer contrary to this Act or to a collective agreement.

In determining the meaning of this section, Cartwright J. wrote, at p. 617:

It is not necessary to decide the exact nature of the relationship of employer and employee the existence of which this subsection preserves, or creates, during the continuance of a strike; two of the main features of the ordinary relationship are absent, the employee is not bound to work and the employer is not bound to pay wages. Whatever the relationship be, it is obvious that if the employer is entitled to terminate it on the sole ground that the employee refuses to work while the strike continues, the subsection is rendered nugatory. [Emphasis added.]

I emphasize the words "on the sole ground" because in my view Cartwright J., at the very least, left open the possibility that there would be other grounds available for dismissal during the course of a strike. His conclusion as to the meaning of s. 1(2) contains a similar limitation (pp. 617-18):

. . . it appears to me that the effect of s. 1(2) is (i) to provide that while the strike continues the employees on strike do not cease to be employees of the appellant, and (ii) to prevent the employer from terminating that employer-employee relationship by reason only of the employee ceasing to work as the result of the strike. [Emphasis added.]

In dealing with the same section, Arnup J.A. for the Ontario Court of Appeal, (*Re Allanson* (1971), 20 D.L.R. (3d) 49), wrote at pp. 56-57:

For the purpose of the construction of this trust agreement I am prepared to accept the proposition that

Je suis d'accord pour dire que l'arbitre a commis une erreur en interprétant le par. 107(2). Cette Cour a eu l'occasion d'analyser le statut des employés pendant une grève en ce qui a trait à l'agent négociateur, dans l'arrêt *Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri*, [1962] R.C.S. 609. Dans cette affaire, la Cour a examiné une disposition du *Labour Relations Act* de l'Ontario, R.S.O. 1960, chap. 202, semblable au par. 107(2) du *Code canadien du travail*, dont voici le texte:

[TRADUCTION] 1. . . .

(2) Pour l'application de la présente loi, nul n'est réputé avoir cessé d'être un employé pour l'unique motif qu'il a cessé de travailler pour son employeur par suite d'un lock-out ou d'une grève ou qu'il a été congédié par son employeur contrairement aux dispositions de la présente loi ou aux stipulations d'une convention collective.

En déterminant le sens de cette disposition, le juge Cartwright a écrit, à la p. 617:

[TRADUCTION] Il n'est pas nécessaire de déterminer la nature exacte de la relation entre employeur et employé dont l'existence est préservée ou créée par ce paragraphe pendant la durée d'une grève; il manque deux des caractéristiques principales de la relation ordinaire: l'employé n'est pas tenu de travailler et l'employeur n'est pas tenu de verser des salaires. Quelle que puisse être la relation, il est évident que si l'employeur a le droit d'y mettre fin pour le seul motif que l'employé refuse de travailler pendant la durée de la grève, le paragraphe devient inopérant. [Je souligne.]

J'insiste sur les termes «pour le seul motif» parce qu'à mon avis le juge Cartwright, à tout le moins, a envisagé la possibilité qu'il survienne d'autres motifs de congédiement pendant une grève. Sa conclusion sur le sens du par. 1(2) contient une restriction semblable (pp. 617 et 618):

[TRADUCTION] . . . il me semble que le par. 1(2) a pour effet (i) de prévoir que, pendant la durée de la grève, les grévistes ne cessent pas d'être des employés de l'appelant et (ii) d'empêcher l'employeur de mettre fin à la relation employeur-employé pour l'unique motif que l'employé a cessé de travailler par suite de la grève. [Je souligne.]

En traitant du même paragraphe, le juge Arnup de la Cour d'appel de l'Ontario (*Re Allanson* (1971), 20 D.L.R. (3d) 49) écrit, aux pp. 56 et 57:

[TRADUCTION] Aux fins de l'interprétation de ce contrat de fiducie, je suis disposé à accepter la thèse

employees of the Company who were engaged on December 31, 1969, in a lawful strike are not, by reason only of the strike, to be regarded as having ceased to be "employed by the Company" on that date.

In their work *Ontario Labour Relations Board: Law and Practice* (1985), Sack and Mitchell comment on the interpretation given to s. 1(2) by the Ontario Labour Relations Board. They write, at pp. 425-26:

Finally, it should be noted that, while the discharge of or refusal to reinstate strikers for reasons of anti-union animus or for engaging in proper strike or picketing activity is a violation of the Act, the discharge and refusal to reinstate a striker for cause during the currency of a strike or the refusal to arbitrate such issues is not a violation of the Act. Indeed, the employer retains the right to lawfully discipline the employee after the employee is reinstated

The Quebec *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, contains a similar disposition. The first paragraph of article 110 reads:

110. No person shall cease to be an employee for the sole reason that he has ceased to work in consequence of a strike or lock-out.

This provision has been discussed on several occasions by the Labour Court and the Superior Court. In *Dumais v. Champoux Automobile Inc.*, [1970] T.T. 120, the Labour Court was called on to give an interpretation of s. 98 of the *Labour Code* (currently art. 110). The court stated at p.122 that:

[TRANSLATION] Section 98 guarantees employees that their individual contracts will not be broken solely because of a lockout or strike; but at the same time the words "for the sole reason" indicate that this protection is not absolute. An employer may break the individual contract if he has other reasons for doing so.

In *Commission des normes du travail c. Manufacture Sorel Inc.*, [1984] C.S. 747, the Quebec Superior Court considered the meaning of s. 110 of the *Labour Code*. The court found, based on that article, a strike did not end the individual contract of employment, and that therefore, an employer wishing to dismiss an employee during

selon laquelle les employés de la compagnie, qui étaient en grève légale le 31 décembre 1969, ne doivent pas, uniquement en raison de la grève, être considérés comme ayant cessé d'être «employés par la compagnie» à cette date.

Dans leur ouvrage intitulé *Ontario Labour Relations Board: Law and Practice* (1985), Sack et Mitchell ont commenté l'interprétation donnée au par. 1(2) par la Commission des relations de travail de l'Ontario. Ils écrivent, aux pp. 425 et 426:

[TRADUCTION] Finalement, il convient de souligner que, bien que le congédiement ou le refus de réintégrer des grévistes pour des motifs dénotant un esprit antisyndical ou parce qu'ils ont fait à bon droit la grève ou du piquetage constitue une violation de la Loi, le congédiement et le refus motivés de réintégrer un gréviste pendant la durée d'une grève ou le refus de soumettre à l'arbitrage de telles questions ne constituent pas une violation de la Loi. En fait, l'employeur conserve le droit d'imposer légalement des mesures disciplinaires à l'employé après la réintégration de celui-ci . . .

Le *Code du travail* du Québec, L.R.Q., chap. C-27, contient une disposition similaire. Le premier paragraphe de l'art. 110 se lit ainsi:

110. Personne ne cesse d'être un salarié pour l'unique raison qu'il a cessé de travailler par suite de grève ou lock-out.

Le Tribunal du travail et la Cour supérieure ont analysé cette disposition à maintes reprises. Dans l'affaire *Dumais v. Champoux Automobile Inc.*, [1970] T.T. 120, on a demandé au Tribunal du travail d'interpréter l'art. 98 du *Code du travail* (actuellement l'art. 110). Le tribunal affirme ceci, à la p. 122:

L'article 98, en effet, assure les salariés que leurs contrats individuels ne sont pas rompus du seul fait du lock-out ou de la grève. Mais les mots «pour l'unique raison» indiquent en même temps que cette protection n'est pas absolue. L'employeur peut rompre le contrat individuel s'il a d'autres motifs de le faire.

Dans l'affaire *Commission des normes du travail c. Manufacture Sorel Inc.*, [1984] C.S. 747, la Cour supérieure du Québec a examiné le sens de l'art. 110 du *Code du travail*. La cour a conclu, en se fondant sur cet article, qu'une grève ne mettait pas fin au contrat individuel de travail et que, par conséquent, un employeur qui voulait congédier un

the course of a strike was required to meet the notice requirements elsewhere in the Code. The court cited with approbation the following passage from R. Gagnon, L. LeBel and P. Verge *Droit du travail en vigueur au Québec* (1971), at p. 206:

[TRANSLATION] A strike suspends the payment of benefits resulting from the employment tie. The employee no longer has to provide his services. In return, he loses his salary and fringe benefits. His seniority, for example, ceases to accumulate during a strike. He will however retain his employment, unless he goes to work somewhere else or commits an individual wrongful act during the strike.

Finally, in his detailed study entitled *Le statut juridique du salarié-gréviste québécois* (1981), Gaston Nadeau writes at p. 74:

[TRANSLATION] It is quite clear from reading the Code that when he enacted it in 1964 the legislator intended to elevate the legal strike to the level of a right An employee wrongfully dismissed for the exercise of this right may thus properly claim an order of reinstatement and compensatory damages for the losses suffered while he was out of work. However, the fact that an employee is dismissed during a legal strike does not automatically mean he was dismissed because he was exercising a right conferred by the Code.

American jurisprudence can also offer some assistance in this matter. Although obviously dealing with a different statute, many of the fundamental labour law principles remain the same. For this reason I find it persuasive that in the United States, as a general principle, an employer can dismiss employees who commit criminal or violent acts in the course of a strike. (See *Firestone Tire & Rubber Co. v. N.L.R.B.*, 449 F.2d 511 (5th Cir. 1971), at p. 513.)

This position is further explained by *N.L.R.B. v. Hartmann Luggage Co.*, 453 F.2d 178 (6th Cir. 1971), at pp. 183-84:

The employee's right to engage in concerted activity may permit some leeway for impulsive behaviour, which must be balanced against the employer's right to maintain order and respect (Citation omitted). Initially, the

employé pendant une grève était tenu de satisfaire aux exigences de préavis que l'on trouve ailleurs dans le Code. La cour a cité et approuvé le passage suivant tiré de l'ouvrage de R. Gagnon, L. LeBel et P. Verge intitulé *Droit du travail en vigueur au Québec*, (1971), à la p. 206.

La grève suspend l'exécution des prestations rattachées au lien de salariat. L'employé est dispensé de fournir sa prestation de travail. En contrepartie, il est privé de son salaire et de ses bénéfices accessoires. Par exemple, il verra l'accumulation de son ancienneté suspendue pendant la grève. Il conservera toutefois son emploi, à moins qu'il n'aille s'embaucher ailleurs ou qu'il se rende coupable d'une faute individuelle dans le cours de la grève.

Finalement, dans son étude détaillée intitulée *Le statut juridique du salarié-gréviste québécois* (1981), Gaston Nadeau écrit, à la p. 74:

Il est manifeste à la lecture du Code que le législateur entendait, lors de sa promulgation en 1964, élever la grève légale au niveau de l'exercice d'un droit; . . . Un salarié injustement congédié à cause de l'exercice de ce droit pourra donc réclamer, à bon droit, une ordonnance de réintégration et des dommages-intérêts compensatoires pour les pertes subies durant son congédiement. Cependant, le fait qu'un employé soit congédié pendant la durée d'une grève légale ne signifie pas automatiquement qu'il a été congédié à cause de l'exercice d'un droit prévu par le Code.

La jurisprudence américaine peut également être utile jusqu'à un certain point en ce qui concerne cette question. Bien qu'il s'agisse, de toute évidence, d'une législation différente, un bon nombre des principes fondamentaux en droit du travail demeurent les mêmes. Pour ce motif, je trouve persuasif qu'aux États-Unis, en règle générale, un employeur puisse congédier des employés qui ont commis des actes criminels ou violents pendant une grève. (Voir l'arrêt *Firestone Tire & Rubber Co. v. N.L.R.B.*, 449 F.2d 511 (5th Cir. 1971), à la p. 513.)

Cette position est explicitée dans *N.L.R.B. v. Hartmann Luggage Co.*, 453 F.2d 178 (6th Cir. 1971), aux pp. 183 et 184:

[TRANSLATION] Le droit de l'employé de s'engager dans une activité concertée peut conférer une certaine latitude en matière de comportement impulsif qui doit être soupesée en fonction du droit de l'employeur de mainte-

responsibility to draw the line between these conflicting rights rests with the Board, and its determination, unless illogical or arbitrary, ought not to be disturbed.

Of course, while I use the American case law to illustrate the general principle of the continuance of the employer-employee relationship during a strike, I am mindful that the American system and labour statutes are significantly different in many respects from our own. However, the above quoted passage does serve to demonstrate that an employer maintains the right to discipline employees during a strike for cause unrelated to union activity.

All of the above quoted authorities contribute to the understanding that s. 107(2) should be interpreted to still permit disciplinary actions by employers for activities carried on during the course of a strike, so long as these actions are not aimed at punishing employees for nothing more than union activities and participating in a lawful strike. This interpretation is further supported by the French version of s. 107(2) which reads:

107. ...

(2) Aucune personne ne cesse d'être un employé au sens où l'entend la présente Partie du seul fait qu'elle cesse de travailler par suite d'un lock-out ou d'une grève ni du seul fait qu'elle a été congédiée en violation de la présente Partie.

The words "du seul fait" clearly express the idea that participation in lawful strike activities alone cannot justify an employee's dismissal. However, the section leaves open the possibility that other reasons may arise for which the employer would be entitled to dismiss a striking employee. The dismissal of an employee during a strike is only unlawful where such dismissal would also constitute an unfair labour practice as set out in s. 184.

In light of this interpretation, it is clear that the arbitrator erred in law when he decided:

— "... that the Code presumes that interference in the conduct of the strike by the Employer is deemed to be an unfair practice"

nir l'ordre et le respect (citation omise). Au départ, il incombe à la commission de tracer la ligne entre ces droits qui s'opposent, et sa décision, à moins d'être illogique ou arbitraire, ne devrait pas être modifiée.

^a Il va sans dire que même si j'ai recours à la jurisprudence américaine pour illustrer le principe général du maintien de la relation employeur-employé pendant une grève, je suis consciente du fait que le système américain et la législation américaine en matière de travail sont très différents des nôtres à plusieurs égards. Toutefois, le passage précité sert à démontrer qu'un employeur conserve le droit d'imposer des mesures disciplinaires aux employés pendant une grève, pour des motifs non reliés à l'activité syndicale.

L'ensemble de la doctrine et de la jurisprudence mentionnée précédemment permet de comprendre que le par. 107(2) devrait être interprété comme permettant aux employeurs d'imposer des mesures disciplinaires pour des activités qui se sont déroulées pendant une grève, du moment que ces mesures ne visent pas à punir des employés uniquement pour des activités syndicales et leur participation à une grève légale. Cette interprétation s'appuie en outre sur le texte du par. 107(2) qui se lit ainsi:

107. ...

^f (2) Aucune personne ne cesse d'être un employé au sens où l'entend la présente Partie du seul fait qu'elle cesse de travailler par suite d'un lock-out ou d'une grève ni du seul fait qu'elle a été congédiée en violation de la présente Partie.

^g Les termes «du seul fait» expriment clairement l'idée que la participation à une grève légale ne peut à elle seule justifier le congédiement d'un employé. Toutefois, l'article laisse à l'employeur la possibilité de congédier un employé en grève pour d'autres motifs. Le congédiement d'un employé pendant une grève est illégal seulement lorsque ce congédiement constituerait également une pratique déloyale de travail au sens de l'art. 184.

Compte tenu de cette interprétation, il est clair que l'arbitre a commis une erreur de droit lorsqu'il a conclu:

^j [TRADUCTION] — «... que le Code présume que l'ingérence de l'employeur dans le déroulement de la grève est réputée constituer une pratique déloyale»

– “... that the legislation provides that the use of disciplinary powers during a strike is an offence.”

The next step is to decide whether these errors of law are jurisdictional in nature, so as to leave open the door for judicial review.

Jurisdictional Error

It is well accepted that a mere error of law in an arbitration is not sufficient to open the door to review by the courts. The error must be jurisdictional in nature.

In *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227, Dickson J., as he then was, formulated the “patently unreasonable test” as an aid to determining whether a jurisdictional error has occurred. He sets out the question to be asked at p. 237:

Did the Board here so misinterpret the provision of the Act as to embark on an inquiry or answer a question not remitted to it? Put another way, was the Board’s interpretation so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review? [Emphasis added.]

In *Syndicat des employés de production du Québec et de l’Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412, Beetz J. explained jurisdictional error in these terms, at pp. 420-21:

A jurisdictional error results generally in an excess of jurisdiction or a refusal to exercise jurisdiction, whether at the start of the hearing, during it, in the findings or in the order disposing of the matter. Such an error, even if committed in the best possible good faith, will result nonetheless in the decision containing it being set aside

As discussed earlier, in a consensual arbitration where a particular question is posed by the parties to the arbitrator, that question determines the jurisdiction of the arbitrator. In this case, the question posed has been formulated in different ways.

– «... que la loi prévoit que l’exercice de pouvoirs disciplinaires pendant une grève constitue une infraction.»

La prochaine étape consiste à décider si ces erreurs de droit touchent à la compétence de manière à permettre le contrôle judiciaire.

Erreur de compétence

Il est maintenant reconnu qu’une simple erreur de droit commise dans le contexte d’un arbitrage n’est pas suffisante pour donner ouverture au contrôle judiciaire. L’erreur doit toucher à la compétence.

Dans l’arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, le juge Dickson, maintenant Juge en chef, a formulé le test de l’interprétation «manifestement déraisonnable» pour aider à déterminer si une erreur de compétence a été commise. Il énonce la question qui doit être posée, à la p. 237:

La Commission a-t-elle interprété erronément les dispositions législatives de façon à entreprendre une enquête ou à répondre à une question dont elle n’était pas saisie? Autrement dit, l’interprétation de la Commission est-elle déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s’appuyer sur la législation pertinente et d’exiger une intervention judiciaire? [Je souligne.]

Dans l’arrêt *Syndicat des employés de production du Québec et de l’Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412, le juge Beetz explique l’erreur de compétence ou juridictionnelle de la manière suivante, aux pp. 420 et 421:

L’erreur juridictionnelle entraîne le plus souvent un excès de compétence ou un refus d’exercer une compétence, soit dans l’ouverture d’une enquête, soit en cours d’enquête, soit encore dans ses conclusions ou son dispositif. Une telle erreur, même commise de la meilleure foi du monde, entraîne néanmoins l’annulation de la décision qui en est entachée

Comme je l’ai mentionné précédemment, dans le cas d’un arbitrage consensuel où les parties posent une question particulière à l’arbitre, cette question détermine la compétence de l’arbitre. En l’espèce, la question posée a été formulée de différentes manières.

The arbitrator does not set out any one statement of the question posed to him. At one point he attempts this formulation:

The question before me is whether the Employer, having surrendered that matter to arbitration, can assert in the arbitration itself that the conduct of the employees during the strike can be measured by arbitral principles that presume the existence of a normal relationship.

With all due respect, I cannot accept his formulation. In my view the arbitrator was being asked to determine what, if any, disciplinary sanctions the 24 employees should face. This can be determined from other parts of his reasons. In discussing the strike and its settlement, the arbitrator expresses the issue which eventually fell to him to be decided as follows:

Left outstanding was the issue of the 24 employees who had been dismissed and whether they would be returned to work or would remain dismissed.

In discussing the submission made to him by the parties, the arbitrator states: "... I have the jurisdiction to determine the fate of the 24 employees" [emphasis added].

Esson J. of the British Columbia Supreme Court found that the arbitrator was called upon to decide if the employees would return to work or would remain dismissed, and also to determine whether, "if dismissal was found inappropriate, there should be the lesser penalty of suspension" (p. 709).

Lambert J.A. of the Court of Appeal phrased the question as follows, at p. 159:

It seems to me that the question asked in this case was: "What is to be done about the 24 employees who were dismissed during the strike, and who, by agreement, reported back to work on Monday, 23 March, 1981: Should any or all of them be dismissed or suspended?"

I find that both of these formulations of the question set out the same general terms of jurisdiction. The arbitrator was to decide what disciplinary sanctions were appropriate in the case of each of the 24 employees due to the conduct during the

L'arbitre ne fait pas état clairement de la question qui lui est posée. À un certain point, il propose la formulation suivante:

[TRADUCTION] La question qui m'est posée est de savoir si l'employeur, ayant soumis cette question à l'arbitrage, peut affirmer au cours de l'arbitrage lui-même que la conduite des employés pendant la grève peut être mesurée en fonction de principes d'arbitrage qui présument l'existence d'une relation normale.

En toute déférence, je ne puis accepter sa formulation. À mon avis, on demandait à l'arbitre de déterminer quelles mesures disciplinaires, s'il y a lieu, devaient être imposées aux 24 employés. Ceci s'infère d'autres parties de ses motifs. Dans son analyse de la grève et de son règlement, l'arbitre énonce ainsi la question qu'il doit finalement trancher:

[TRADUCTION] La question de savoir si les 24 employés congédiés devaient réintégrer leurs fonctions ou demeurer congédiés a été laissée sans réponse.

En discutant des arguments qui lui ont été présentés par les parties, l'arbitre affirme: [TRADUCTION] « ... j'ai compétence pour décider du sort des 24 employés » (je souligne).

Le juge Esson de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu qu'on avait demandé à l'arbitre de décider si les employés retourneraient au travail ou demeureraient congédiés et également de déterminer si [TRADUCTION] « dans le cas où le congédiement serait jugé inadéquat, on devrait imposer la peine moindre de suspension » (p. 709).

Le juge Lambert de la Cour d'appel a formulé ainsi la question, à la p. 159:

[TRADUCTION] Il me semble que la question posée en l'espèce est la suivante: « Que doit-on faire des 24 employés qui ont été congédiés pendant la grève et qui, à la suite d'une entente, se sont présentés au travail le lundi 23 mars 1981: doivent-ils tous être congédiés ou suspendus ou seulement certains d'entre eux? »

Je suis d'avis que ces deux formulations de la question définissent les mêmes termes généraux de la compétence. L'arbitre devait décider quelles mesures disciplinaires devaient être imposées à chacun des 24 employés en raison de leur conduite

strike. The arbitrator, in his findings of fact, concluded that:

On the evidence before me all employees involved committed acts that would be deserving of discipline in a normal employer-employee relationship. The acts ranged from minor acts of sabotage, such as letting the air out of tires, to criminally stupid acts such as threats of bodily harm to supervisors and their families.

The error of the arbitrator in interpreting s. 107(2) of the *Canada Labour Code* to mean that no employer-employee relationship existed resulted in his flat refusal to exercise the jurisdiction accorded to him by the parties. He even expressed his refusal in jurisdictional terms:

... I must consider if I have any jurisdiction to assess the conduct of the employees in question.

And later:

... I do not see it as open to me to consider alternate forms of discipline such as a suspension or a reprimand. To do so would be to return to the disciplinary approach that I have concluded is inapplicable.

As Esson J. stated in his reasons for judgment, at p. 709:

The arbitrator's answer to the question whether the employees should "remain dismissed" was, in effect, to say that the question could not arise because, as a matter of law, the employer had no power of dismissal. So he did not consider, in relation to the merits of each case as disclosed by the evidence, whether the employee should remain dismissed.

Lambert J.A. disagreed with the determination that the error was jurisdictional. He placed great emphasis on the fact that the question put to the arbitrator was phrased in broad terms (pp. 158-59):

... if the arbitrator adopts a rational process of applying principles to facts, and acts judicially, then, in my opinion, the *Anisminic* principle does not require anything more. If the arbitrator sticks to the task he is given, he is, in Lord Reid's words, as much entitled to decide the question submitted to him wrongly, as he is entitled to decide it rightly. Where the terms of reference are broad and imprecise, the scope for both right

pendant la grève. L'arbitre énonce ainsi ses conclusions de faits:

[TRADUCTION] D'après les éléments de preuve qui m'ont été présentés, tous les employés visés ont commis des actes qui entraîneraient des mesures disciplinaires dans le cadre d'une relation normale entre employeur et employé. Les actes allaient d'actes mineurs de sabotage, comme le dégonflage de pneus, à des actes criminels stupides, comme des menaces de blessures faites à l'en-droit des surveillants et de leurs familles.

L'erreur de l'arbitre dans l'interprétation du par. 107(2) du *Code canadien du travail*, portant qu'il n'existait pas de relation employeur-employé, est à l'origine de son refus catégorique d'exercer la compétence dont il avait été investi par les parties. Il a même exprimé son refus en termes de compétence:

[TRADUCTION] ... je dois examiner si je suis compétent pour évaluer la conduite des employés en question.

Et plus loin:

[TRADUCTION] ... je ne crois pas qu'il me soit loisible d'examiner d'autres formes de mesures disciplinaires comme la suspension ou la réprimande. Le faire serait revenir à l'approche disciplinaire dont j'ai conclu à l'inapplicabilité.

Comme le juge Esson l'a affirmé dans ses motifs de jugement, à la p. 709:

[TRADUCTION] La réponse de l'arbitre à la question de savoir si le «congétiement» des employés devait «être maintenu» revenait, en fait, à dire que la question ne pouvait se poser puisque, du point de vue juridique, l'employeur n'avait aucun pouvoir de congédier. Il n'a donc pas examiné si le congétiement des employés était bien fondé et devait être maintenu ni tenu compte de la preuve soumise dans chaque cas.

Le juge Lambert n'a pas souscrit à la conclusion que l'erreur en était une de compétence. Il a attaché beaucoup d'importance au fait que la question posée à l'arbitre était énoncée de manière générale (pp. 158 et 159):

[TRADUCTION] ... si l'arbitre adopte une façon rationnelle d'appliquer des principes aux faits et s'il agit de manière judiciaire, alors, à mon avis, le principe énoncé dans l'arrêt *Anisminic* n'exige rien de plus. Si l'arbitre s'en tient à la tâche qui lui est assignée, il est, selon lord Reid, tout autant fondé à trancher erronément la question qui lui est posée, qu'il l'est à la trancher correctement. Lorsque le mandat est général et imprécis, la

and wrong decisions within jurisdiction is correspondingly broad and imprecise. [Emphasis added.]

While I agree with Lambert J.A.'s observations about broad and imprecise mandates, the crucial issue still remains whether "the arbitrator sticks to the task he is given". Where an arbitrator errs in deciding that he or she does not have jurisdiction to decide a particular question, choosing to answer a different question cannot be said to be within the jurisdiction accorded to the arbitrator by the parties.

I also accept the conclusions of Esson J. with respect to the arbitrator's formulation of a three-part test to evaluate the conduct of the employees. The test was designed to remove from consideration any conduct which was directly related to the labour dispute. Esson J. wrote, at p. 712:

It would be entirely within his jurisdiction to have regard, as a relevant circumstance, to the question whether the conduct complained of was related to the strike. But that is not the way in which the arbitrator applied the test. Rather, he concluded, as a matter of law, that, where the acts complained of were directly related to the labour dispute, no discipline or sanction of any kind could be imposed.

I am therefore in agreement with the majority of the Court of Appeal in finding that the test applied by the arbitrator was also directly related to the error of law. Thus, the decision of the arbitrator that the employer had no right to impose disciplinary sanctions upon striking employees was fundamental to all of his conclusions in the arbitration. It was not a minor error or one which takes on insignificant proportions. It was a substantial error affecting the outcome of the arbitration.

When a consensual arbitrator declines to answer the question posed to him because, due to an error of law, he declares he does not have the jurisdiction to do so, and instead answers a different question, there is no doubt in my mind that the error of law is one going to jurisdiction. Here, the arbitrator declined to answer the question of

possibilité de rendre des décisions justes et erronées qui relèvent de sa compétence est tout aussi générale et imprécise. [Je souligne.]

Bien que je sois d'accord avec les observations du juge Lambert au sujet des mandats généraux et imprécis, la question capitale demeure celle de savoir si [TRADUCTION] «l'arbitre s'en tient à la tâche qui lui est assignée». Lorsqu'un arbitre erre en décidant qu'il n'a pas compétence pour trancher une question particulière, son choix de répondre à une question différente ne saurait être à l'intérieur des limites de la compétence dont il a été investi par les parties.

J'accepte également les conclusions du juge Esson en ce qui a trait à la formulation par l'arbitre d'un test à trois volets applicable à l'évaluation de la conduite des employés. Ce test était destiné à empêcher l'examen de toute conduite directement reliée au conflit de travail. Le juge Esson écrit, à la p. 712:

[TRADUCTION] Il aurait parfaitement eu compétence pour tenir compte, à titre de circonstance pertinente, de la question de savoir si la conduite reprochée était reliée à la grève. Toutefois, ce n'est pas de cette façon que l'arbitre a appliqué le test. Il a plutôt conclu que, du point de vue juridique, si les actes reprochés étaient directement reliés au conflit de travail, aucune mesure disciplinaire ni aucune sanction de quelque nature que ce soit ne pouvaient être imposées.

Par conséquent, je suis d'accord avec la Cour d'appel à la majorité pour conclure que le test appliqué par l'arbitre était également directement relié à l'erreur de droit. Ainsi, la décision de l'arbitre portant que l'employeur n'avait pas le droit d'imposer des mesures disciplinaires aux employés en grève était essentielle à toutes ses conclusions dans l'arbitrage. Il ne s'agissait pas d'une erreur mineure ou d'une erreur qui a des proportions négligeables. Il s'agissait d'une erreur grave qui a influé sur le résultat de l'arbitrage.

Lorsqu'un arbitre choisi par les parties refuse de répondre à la question qui lui est posée parce que, en raison d'une erreur de droit, il déclare qu'il n'est pas compétent pour le faire, et qu'il répond plutôt à une question différente, il n'y a aucun doute dans mon esprit que l'erreur de droit touche à la compétence. En l'espèce, l'arbitre a refusé de

appropriate discipline for the 24 employees. He did so because his interpretation of s. 107(2) supposedly left him without jurisdiction to make this decision. This is a patently unreasonable interpretation of his jurisdiction. Instead, he decided to answer the question of whether the employees should remain dismissed, that is, whether the employer had any "right" to discipline them in the first place. This was not the question put to him by the parties. In answering that question, and in refusing to consider the appropriate discipline for the 24 employees, the arbitrator committed an error going to jurisdiction, and his award is subject to judicial review.

Reviewability of the Arbitrator's Award

Over the past number of years, this Court has developed a non-interventionist approach to judicial review of administrative bodies. The rationale for this approach has to do with the Court's deference to the "expertise" of statutorily established and administered tribunals. In the field of labour law, the concentration of decision making power among labour tribunals and arbitrators is designed for efficiency, and is tailored to the development of a coherent labour law policy. The general idea is that courts should decline to review decisions of administrative boards or tribunals unless such a body has rendered a decision in excess of jurisdiction. Dickson J. (as he then was) commented on the reasons behind this policy in *New Brunswick Liquor Corporation, supra*. He wrote at pp. 235-36:

The rationale for protection of a labour board's decisions within jurisdiction is straightforward and compelling. The labour board is a specialized tribunal which administers a comprehensive statute regulating labour relations. In the administration of that regime, a board is called upon not only to find facts and decide questions of law, but also to exercise its understanding of the body of jurisprudence that has developed around the collective bargaining system, as understood in Canada, and its labour relations sense acquired from accumulated experience in the area.

répondre à la question des mesures disciplinaires appropriées pour les 24 employés. Il a agit ainsi parce que, selon son interprétation, le par. 107(2) lui enlevait la compétence pour rendre cette décision. Il s'agit d'une interprétation manifestement déraisonnable de sa compétence. Il a plutôt décidé de répondre à la question de savoir si le congédiement des employés devait être maintenu, c'est-à-dire si l'employeur avait le «droit» au départ de leur imposer des mesures disciplinaires. Ce n'était pas la question que les parties lui avaient posée. En répondant à cette question et en refusant d'examiner les mesures disciplinaires qu'il était convenable d'imposer aux 24 employés, l'arbitre a commis une erreur touchant à sa compétence et sa sentence arbitrale est sujette au contrôle judiciaire.

Le contrôle judiciaire d'une sentence arbitrale

Au cours des dernières années, cette Cour a adopté une politique de non-intervention à l'égard du contrôle judiciaire des organismes administratifs. Cette politique s'explique par le respect de la Cour pour «l'expertise» des tribunaux constitués et administrés en vertu de la loi. Dans le domaine du droit du travail, la concentration du pouvoir décisionnel entre les mains des tribunaux du travail et des arbitres vise à favoriser l'efficacité et est adaptée au développement d'une politique cohérente en matière de droit du travail. L'idée générale est que les tribunaux judiciaires devraient refuser d'examiner les décisions des commissions ou des tribunaux administratifs à moins que ces organismes n'aient rendu une décision qui excède leur compétence. Le juge Dickson, maintenant juge en chef, a commenté les motifs qui sous-tendent cette politique, dans l'arrêt *Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, précité, aux pp. 235 et 236:

On veut protéger les décisions d'une commission des relations de travail, lorsqu'elles relèvent de sa compétence, pour des raisons simples et impérieuses. La commission est un tribunal spécialisé chargé d'appliquer une loi régissant l'ensemble des relations de travail. Aux fins de l'administration de ce régime, une commission n'est pas seulement appelée à constater des faits et à trancher des questions de droit, mais également à recourir à sa compréhension du corps jurisprudentiel qui s'est développé à partir du système de négociation collective, tel qu'il est envisagé au Canada, et à sa perception des relations de travail acquise par une longue expérience dans ce domaine.

Of course, this does not mean that the courts do not have the power to review a decision made by a board or arbitrator where such decision is made outside of the jurisdiction of the decision-maker. The principle has been clearly expressed by this Court. In *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382, Dickson J. (as he then was) wrote, at pp. 388-89:

There can be no doubt that a statutory tribunal cannot, with impunity, ignore the requisites of its constituent statute and decide the questions any way it sees fit. If it does so, it acts beyond the ambit of its powers, fails to discharge its public duty and departs from legally permissible conduct. Judicial intervention is then not only permissible but requisite in the public interest. [Emphasis added.]

The same principle can be applied to the decisions of the consensual arbitrators. They must answer the question put to them by the parties, without ignoring its "requisites".

The duty of courts to intervene in matters of jurisdictional error is also explained by Beetz J. in *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, *supra*, at p. 441:

Once a question is classified as one of jurisdiction, and has been the subject of a decision by an administrative tribunal, the superior court exercising the superintending and reforming power over that tribunal cannot, without itself refusing to exercise its own jurisdiction, refrain from ruling on the correctness of that decision, or rule on it by means of an approximate criterion.

The non-interventionist stance is not being challenged in the present case. What is in issue, however, has a great deal to do with the question of when to intervene. I am in general agreement with the non-intervention approach, particularly with respect to specialized tribunals or boards which have established a philosophy and developed expertise. However, just as there are limits to the courts' power to review administrative bodies, there must also be limits to the courts' disinclina-

Cela ne signifie évidemment pas que les tribunaux judiciaires n'ont pas un pouvoir de contrôle des décisions rendues par une commission ou un arbitre lorsque de telles décisions excèdent la compétence de l'instance décisionnelle. Ce principe a été exprimé clairement par la Cour dans l'arrêt *Union internationale des employés des services, local no. 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382, où le juge Dickson, maintenant Juge en chef, écrit aux pp. 388 et 389:

Il ne peut y avoir de doute qu'un tribunal «statutaire» ne peut pas, impunément, faire abstraction des conditions requises par la loi qui l'a créé, et trancher les questions à sa guise. S'il le fait, il déborde le cadre de ses pouvoirs, manque de remplir son devoir envers le public et s'écarte d'une façon d'agir légalement permise. Une intervention judiciaire est alors non seulement admissible, mais l'intérêt public l'exige. [Je souligne.]

Le même principe peut être appliqué à la décision des arbitres choisis par les parties. Ils doivent répondre à la question qui leur est posée par les parties sans toutefois ignorer ses «conditions requises».

Le juge Beetz a également expliqué l'obligation qu'ont les tribunaux judiciaires d'intervenir lorsqu'il est question d'erreurs de compétence, dans l'arrêt *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, précité, à la p. 441:

Or une fois qu'une question est qualifiée de question de compétence et a fait l'objet d'une décision par un tribunal administratif, la cour supérieure chargée d'exercer le pouvoir de contrôle et de surveillance sur ce tribunal ne peut, sans refuser elle-même d'exercer sa propre compétence, s'abstenir de statuer sur l'exactitude de cette décision ou statuer sur elle au moyen d'un critère approximatif.

La politique de non-intervention n'est pas contestée en l'espèce. Toutefois, l'objet du présent litige est étroitement lié à la question de savoir quand intervenir. Je suis généralement d'accord avec l'approche non interventionniste, particulièrement en ce qui a trait aux commissions ou aux tribunaux spécialisés qui ont développé une philosophie et acquis une expertise. Mais, tout comme il existe des limites au pouvoir des tribunaux judiciaires de contrôler les décisions des organismes

tion to involve themselves in issues arising from consensual arbitrations. It seems to me that in some cases the principle of non-intervention is used to discourage a finding of jurisdictional error. While this approach might be of limited relevance in situations where it is almost impossible to determine whether a jurisdictional error has occurred (that is, where there exists an element of judicial discretion), it cannot be used to evade intervention in cases where a jurisdictional error is manifest. Improperly applied, the policy of non-intervention runs the risk of watering down the concept of jurisdictional error. Such an approach could encourage the development of a body of clearly erroneous precedents instead of providing guidance where boards are clearly divided. The two principles of non-intervention within jurisdiction, on the one hand, and judicial review of excess of jurisdiction, on the other, are principles of equal importance in the area of administrative law, and one cannot be allowed to override the other. It is right to dismiss claims which are nothing more than "appeals" from otherwise valid administrative decisions. However, it is wrong to dismiss claims which raise valid jurisdictional questions simply because they come from administrative decision-making bodies and not from the courts. To adopt this approach would be to ignore the principles of administrative law which entitle courts to review for violations of natural justice or jurisdictional findings including patently unreasonable error.

There must be some controls over administrative bodies. As H. W. R. Wade wrote in his Comment on Peter A. Gall's "Judicial Review of Labour Tribunals: A Functional Approach", in *Proceedings of the Administrative Law Conference*, University of British Columbia (1979), at p. 375:

Judicial power can be abused, and so for that matter can legislative power, but I feel no doubt at all that the

administratifs, il doit également exister des limites à l'aversion qu'éprouvent les tribunaux à intervenir dans les litiges qui découlent d'arbitrages consensuels. Il me semble que, dans certains cas, le principe de non-intervention est utilisé pour décourager le constat d'une erreur de compétence. Bien que cette attitude puisse avoir peu de pertinence dans les cas où il est presque impossible de déterminer si une erreur de compétence a été commise (c'est-à-dire, lorsqu'il existe un élément de pouvoir discrétionnaire judiciaire), elle ne saurait servir de prétexte pour éviter d'intervenir dans les cas où une erreur de compétence est manifeste. Appliquée incorrectement, cette politique de non-intervention risque d'édulcorer le concept de l'erreur de compétence. Une telle attitude est susceptible d'encourager la création d'un ensemble de précédents manifestement erronés au lieu de servir de guide dans les cas où les organismes administratifs sont nettement divisés. Les deux principes de non-intervention lorsqu'il y a compétence, d'une part, et de contrôle judiciaire lorsqu'il y a excès de compétence, d'autre part, sont des principes d'égale importance en droit administratif et l'un ne saurait avoir préséance sur l'autre. Il est correct de rejeter les demandes qui ne sont rien d'autre que des «appels» de décisions administratives par ailleurs valides. Toutefois, il est incorrect de rejeter les demandes qui soulèvent des questions de compétence valides simplement parce qu'elles proviennent d'organismes administratifs, plutôt que de tribunaux judiciaires. Adopter ce point de vue serait ignorer les principes de droit administratif qui autorisent les tribunaux judiciaires à exercer un contrôle en cas de violation de la justice naturelle ou de conclusions touchant à la compétence, y compris en cas d'erreur manifestement déraisonnable.

Certains contrôles doivent être exercés sur les organismes administratifs. Comme l'a écrit H. W. R. Wade dans son commentaire de l'article de Peter A. Gall, intitulé «Judicial Review of Labour Tribunals: A Functional Approach», publié dans *Proceedings of the Administrative Law Conference*, University of British Columbia (1979), à la p. 375:

[TRANSDUCTION] Il peut y avoir abus du pouvoir judiciaire et, quant à cela, il peut également y avoir abus du

power which demands most attention from lawyers is administrative power. Judicial power is restrained by a most elaborate system of rules, precedents, appeals, etc. Legislative power is restrained by responsibility to the electorate. But administrative power is restrained by little unless by law. Personally I believe that judicial review is necessary to prevent abuse and to preserve fairness, and that if not carried to excessive lengths it is perfectly compatible with efficient administration.

An individual with a claim for judicial review should not be discouraged from seeking relief from the courts on the sole basis that the courts have formulated a non-interventionist "policy" in matters arising from decisions of administrative bodies. It is true that the courts ought to defer to the expertise of these specialized bodies as the final decision-makers within their areas of expertise, but this does not oust the duty of the courts to evaluate the decisions for procedural fairness or jurisdictional error.

I do not mean to say that courts must begin to review each and every case submitted to them. Where there is no error going to jurisdiction, there is no scope for review. I would agree with the majority that if there is no jurisdictional error, we ought to defer. But, contrary to the opinion of the majority, in my view, a jurisdictional error exists in this case, and there is a duty to intervene. As I have stated above, where the error is jurisdictional in nature, the court must intervene. Thus, the true focus for decision making is not on the degree of restraint to be exercised, but on the existence and nature of the error, be it a consensual arbitration or not.

Lambert J.A., and the majority of this Court by implication, place a great deal of weight on the fact that this was a consensual arbitration. In the words of Lambert J.A., at p. 152:

A statutory tribunal should follow its own previous decisions and, for that reason, ought to be required to be

pouvoir législatif, mais je suis convaincu que le pouvoir qui exige le plus d'attention de la part des avocats est le pouvoir administratif. Le pouvoir judiciaire est limité par un système très élaboré de règles, de précédents, d'appels, etc. Le pouvoir législatif est limité par la responsabilité envers l'électorat. Mais le pouvoir administratif est très peu limité, si ce n'est par la loi. Personnellement, je suis d'avis que le contrôle judiciaire est nécessaire pour prévenir les abus et pour préserver l'équité et que s'il n'est pas exercé d'une manière excessive, il est parfaitement compatible avec une administration efficace.

Un individu qui a recours au contrôle judiciaire ne devrait pas être dissuadé de chercher à obtenir un redressement auprès des tribunaux judiciaires du seul fait que ceux-ci ont formulé une «politique» de non-intervention dans les questions qui découlent de décisions prises par des organismes administratifs. Il est vrai que les tribunaux judiciaires devraient s'en remettre à l'expertise de ces organismes spécialisés en tant qu'instances décisionnelles finales dans leurs domaines de compétence, mais cela n'élimine pas l'obligation qu'ont les tribunaux judiciaires d'examiner les décisions pour vérifier si l'équité en matière de procédure a été respectée ou si une erreur de compétence a été commise.

Je n'entends pas par là que les tribunaux judiciaires doivent se mettre à examiner tous les cas qui leur sont soumis. Lorsqu'il n'y a pas d'erreur de compétence, il n'y a pas matière à révision. Je souscris à l'opinion de la majorité selon laquelle, en l'absence d'erreur de compétence, il y a lieu à déférence. Mais contrairement à l'opinion de la majorité, j'estime qu'une telle erreur existe en l'espèce et que nous nous devons intervenir. Comme je l'ai mentionné précédemment, lorsque l'erreur touche à la compétence, le tribunal doit intervenir. Par conséquent, la décision doit véritablement porter non pas sur le degré de retenue judiciaire, mais sur l'existence et la nature de l'erreur, peu importe qu'il s'agisse d'un arbitrage consensuel ou non.

Le juge Lambert et, implicitement, cette Cour à la majorité, accordent beaucoup d'importance au fait qu'il s'agissait d'un arbitrage consensuel. Le juge Lambert affirme, à la p. 152:

[TRADUCTION] Un tribunal créé par la loi devrait suivre ses propres décisions antérieures et, pour cette raison, il

right in its interpretation of general public enactments and general legal principles, and ought to arrive at its decisions, even on matters particularly within its special expertise and function, on the basis of a demonstrably rational process. Those requirements do not have quite the same force in the case of a consensual arbitrator. The significant fact about a consensual arbitrator is that the parties have picked the arbitration process, and they have picked the arbitrator, because they want that process and that arbitrator in preference to any other process or any other decision maker. And they want the arbitrator to do what they ask him to do in the way they ask him to do it and not to do something else in some other way.

In short, the *Anisminic* principles apply to a consensual arbitrator, but there is maximum scope for curial deference, and for judicial restraint, in the determination of whether the arbitrator contravened his terms of reference, and so made a "jurisdictional" error. [Emphasis added.]

With deference, I do not see how this elaboration of distinction between the two types of arbitrations establishes a need for a particularly restricted scope for judicial review in the case of consensual arbitrations. Without putting too fine a point on it, judicial review is judicial review. Where there is an error going to jurisdiction, judicial review is the proper remedy. There is no different standard for review in consensual arbitrations.

The difference between consensual and statutory arbitrations, in terms of judicial review, has been discussed by this Court in *Douglas Aircraft Co. of Canada Ltd. v. McConnell*, [1980] 1 S.C.R. 245, where the question of consensual and statutory boards was raised by Estey J. The case involved judicial review of a statutory tribunal, the decisions of which were not protected by a privative clause. Estey J. discussed the history of judicial review of arbitrations, and in doing so touched upon the standard of review in cases of consensual arbitration. He wrote, at pp. 265-66:

By 1857 it was well settled that a consensual board's decision could be set aside for fraud and by reason of an error of law appearing on the face of the record of the

devrait être requis d'interpréter d'une manière juste les mesures législatives d'intérêt public général et les principes juridiques généraux et devrait arriver à ses décisions, même sur des sujets qui relèvent particulièrement de sa fonction ou de son expertise spéciale, par un processus dont la rationalité puisse être démontrée. Ces exigences n'ont pas tout à fait la même force dans le cas d'un arbitre choisi par les parties. Ce qui importe au sujet d'un arbitre choisi par les parties est que ces dernières ont choisi le processus d'arbitrage et ont choisi l'arbitre parce qu'elles préfèrent ce processus et cet arbitre à toute autre procédure ou à toute autre instance décisionnelle. De plus elles veulent que l'arbitre fasse ce qu'elles lui demandent de faire de la manière qu'elles lui prescrivent et qu'il ne fasse rien d'autre de quelque autre manière.

Bref, les principes énoncés dans l'arrêt *Anisminic* s'appliquent à un arbitre choisi par les parties, mais il doit y avoir un maximum de respect et de retenue de la part des tribunaux lorsqu'il s'agit de déterminer si l'arbitre a contrevenu à son mandat et a ainsi commis une erreur de «compétence». [Je souligne.]

En toute déférence, je ne vois pas comment cette élaboration d'une distinction entre les deux types d'arbitrage établit la nécessité de donner une portée particulièrement limitée au contrôle judiciaire des arbitrages consensuels. Sans vouloir trop insister sur ce point, le contrôle judiciaire est le contrôle judiciaire. En cas d'erreur qui touche à la compétence, le contrôle judiciaire constitue le redressement approprié. La norme n'est pas différente lorsqu'il s'agit d'un arbitrage consensuel.

Cette Cour a analysé la différence entre l'arbitrage consensuel et l'arbitrage prescrit par la loi, sur le plan du contrôle judiciaire, dans l'arrêt *Douglas Aircraft Co. of Canada Ltd. c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245, où la question des arbitrages consensuels et des arbitrages prescrits par la loi a été soulevée par le juge Estey. L'arrêt portait sur le contrôle judiciaire d'un tribunal établi en vertu de la loi, dont les décisions n'étaient pas protégées par une clause privative. Le juge Estey a fait l'historique du contrôle judiciaire des arbitrages et, ce faisant, a touché à la question de la norme de contrôle dans le cas de l'arbitrage consensuel. Voici ce qu'il a écrit, à la p. 266:

Dès 1857, il était bien établi que la décision d'un conseil choisi par les parties peut être écartée pour fraude et en raison d'une erreur de droit apparente à la lecture du

board. *Hodgkinson v. Fernie and Another*. It is also clear that in such a proceeding, a court would set aside an award where the arbitrator determined matters outside the area of his authority as described in the constituting contract. See Halsbury's *Laws of England*, 4th ed., Vol. 2, p. 330, para. 622. Finally, there evolved the sub-rule, or at least a clarification of the old rule, in the judgment of Channell J. in *In the Matter of an Arbitration Between King and Duveen and Others*, at pp. 35-6:

It is no doubt a well established principle of law that if a mistake of law appears on the face of the award of an arbitrator, that makes the award bad, and it can be set aside . . . but it is equally clear that if a specific question of law is submitted to an arbitrator for his decision, and he does decide it, the fact that the decision is erroneous does not make the award bad on its face so as to permit of its being set aside. Otherwise it would be futile ever to submit a question of law to an arbitrator.

In the case of *R. v. Barber et al., Ex parte Warehousemen and Miscellaneous Drivers' Union Local 419*, the Ontario Court of Appeal found that the rule applicable to the review of awards of consensual tribunals denying the courts authority to review the correctness in law of a decision on the very question of law specifically referred to the board, but at the same time permitting the court to review an error of law made by the consensual board with reference to material matters 'arising but not specifically referred,' does not apply to the review of a decision by a statutory board.

This Court again considered the question of consensual arbitration in *Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720*, [1980] 1 S.C.R. 178. In that case, a specific question of law had been referred to a consensual arbitrator. The main issue in that case, with respect to the reviewability of the arbitrator's decision was whether the arbitrator had in fact answered the question put to him. Chief Justice Laskin, writing separate reasons concurring in the result of the case, enunciated a strict standard for review of consensual arbitration cases. The concern of Laskin C.J. appeared to be with broad review powers which would unduly interfere with the method of dispute resolution chosen by the parties. Laskin C.J. drew a distinction between consensual arbitrations where a specific question of law is submitted to the arbitrator, and ordinary

dossier. *Hodgkinson v. Fernie and Another*. Dans ce genre de procédures, il est également clair qu'une cour écartera la sentence d'un arbitre qui tranche des questions qui ne relèvent pas des pouvoirs conférés par le contrat constitutif. Voir Halsbury's *Laws of England*, 4^e éd., vol. 2, p. 330, para. 622. Enfin, il y a la règle secondaire, ou au moins une clarification de l'ancienne règle, exposée dans les motifs du juge Channell dans *In the Matter of an Arbitration Between King and Duveen and Others*, aux pp. 35 et 36:

[TRADUCTION] C'est sans aucun doute un principe de droit bien établi que si une erreur de droit apparaît à la lecture de la sentence arbitrale, cela rend la sentence irrégulière, et elle peut être écartée . . . mais il est également clair que si une question de droit précise est soumise à la décision d'un arbitre et qu'il rend effectivement une décision, le fait que la décision soit erronée ne rend pas la sentence irrégulière à sa lecture de sorte qu'il soit permis de la rejeter. Autrement, soumettre une question de droit à un arbitre serait toujours futile.

Dans *R. v. Barber et al., Ex parte Warehousemen and Miscellaneous Drivers' Union Local 419*, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu qu'il ne faut pas appliquer aux décisions d'un conseil établi en vertu d'une loi, la règle applicable en matière de révision des sentences de tribunaux choisis par les parties suivant laquelle les cours n'ont pas le pouvoir de réviser le bien-fondé d'une décision sur le point de droit spécifiquement soumis au tribunal, mais suivant laquelle elles peuvent cependant réviser une erreur de droit commise par ce tribunal sur des points importants [TRADUCTION] «qui sont soulevés sans être spécifiquement soumis».

Cette Cour a également examiné la question de l'arbitrage consensuel dans l'arrêt *Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., local 720*, [1980] 1 R.C.S. 178. Dans cette affaire, une question de droit précise avait été soumise à un arbitre choisi par les parties. La question principale alors soulevée, en ce qui a trait au contrôle judiciaire de la sentence arbitrale, était de savoir si l'arbitre avait effectivement répondu à la question qui lui avait été posée. Le juge en chef Laskin, rédigeant des motifs distincts concordants quant au résultat, a énoncé une norme stricte applicable à l'examen des affaires d'arbitrage consensuel. Le juge en chef Laskin semblait préoccupé par des pouvoirs généraux de contrôle qui gêneraient indûment la méthode de règlement du litige choisie par les parties. Le juge en chef Laskin a fait une distinction entre les arbitrages

grievances. In the former case, there can be no review, unless the answer given was not to the question posed. In the case of grievances, Laskin C.J. wrote at p. 195:

It may be different where an ordinary grievance is submitted to consensual arbitration, but even in such cases there has been a reluctance to interfere with the arbitrator's award in so far as it involved interpretation of a collective agreement

Given the rather obvious room for confusion between all of these distinctions and categories, Laskin C.J. attempted to provide some guidelines, at p. 198.

However difficult it may be at times to determine whether a specific question has or has not been referred, I think it is more likely to be such a question where, as here, a policy question has been put to the arbitrator. Moreover, as Barwick C.J. put it in the *N.S.W. Mining Co.* case, *supra*, it is the nature of the question that determines the matter and that is not altered even if the arbitrator has to find some facts in order to decide it.

Laskin C.J. summarized his position at p. 203:

Certainly, in the field of labour-management arbitration, which is an ongoing process and not the episodic process under which the common law rules of review have developed, there is a good case for affirming a hands-off policy by the Courts on awards of consensual arbitrators, subject to bias or fraud or want of natural justice and, of course, to jurisdiction in the strict sense and not to the enlarged sense which makes it indistinguishable from questions of law.

In separate reasons in *Volvo Canada, supra*, Estey J., while agreeing with Laskin C.J. as to the limited scope of judicial review of consensual arbitrations, differed as to the approach to review. He writes, at p. 220:

Judicial review of the award of a consensual board in my view should not be predicated upon the tenuous and artificial distinction between a general question and a specific question of law, but should be limited to review only when the arbitrator in answering the submission

consensuels où une question de droit précise est soumise à l'arbitre, et les griefs ordinaires. Dans le premier cas, il ne peut y avoir de contrôle à moins qu'on n'ait pas répondu à la question posée. En ce qui concerne les griefs, le juge en chef Laskin écrit, à la p. 195:

La situation peut être différente lorsqu'un grief ordinaire est soumis à l'arbitrage choisi par les parties, mais même dans ce cas, il y a une répugnance à modifier la sentence arbitrale lorsqu'elle met en cause l'interprétation d'une convention collective

Étant donné la confusion que peuvent, selon toute évidence, susciter toutes ces distinctions et catégories, le juge en chef Laskin a tenté de fournir certaines lignes directrices, à la p. 198:

Quelque difficile qu'il puisse parfois être de décider si une question précise a été soumise ou non, je crois qu'il est plus vraisemblable que tel est le cas lorsque, comme en l'espèce, une question intéressant l'ensemble des employés a été soumise à l'arbitre. De plus, comme le dit le juge en chef Barwick dans *N.S.W. Mining Co.*, précitée, c'est la nature de la question qui fournit la solution et il en est ainsi même si l'arbitre doit tirer certaines conclusions de fait pour en décider.

Le juge en chef Laskin résume ainsi sa position, à la p. 203:

Certainement, le domaine de l'arbitrage patronal-syndical, qui est un mécanisme en évolution constante et non épisodique comme celui sous lequel les règles de révision de la *common law* ont été élaborées, offre une bonne tribune pour proclamer une politique de non-intervention des cours dans les sentences d'arbitres choisis par les parties, sauf dans les cas de partialité, de fraude ou de manquement à la justice naturelle et, bien sûr, d'excès de compétence au sens strict de ce mot et non dans un sens large qui le rend indiscernable des questions de droit.

Dans les motifs de jugement distincts qu'il a rédigés dans l'affaire *Volvo Canada*, précitée, le juge Estey, tout en souscrivant à l'opinion du juge en chef Laskin quant à la portée limitée du contrôle judiciaire des arbitrages consensuels, a adopté une approche différente quant au contrôle judiciaire, à la p. 220:

À mon avis le contrôle judiciaire d'une sentence d'un conseil choisi par les parties ne devrait pas être fondé sur la distinction subtile et artificielle entre une question générale et une question de droit précise; il devrait plutôt se limiter aux situations où l'arbitre, en répondant

does something he is not by statute or contract authorized to do.

This is a more basic and simplified approach which essentially allows for review whenever the arbitrator exceeds his or her jurisdiction.

The distinction in treatment of statutory and consensual arbitrations seems to me to be illusory. The position is the same as that which exists with respect to judicial review in general. The only difference with consensual arbitration is the way in which jurisdiction is defined. To a large extent it is the parties, rather than a statute, which give the consensual arbitrator his or her jurisdiction. The bottom line, however remains jurisdiction. As Gaston Nadeau writes in his article "Le contrôle judiciaire des tribunaux du travail — Quelques commentaires sur la révision des sentences arbitrales par la Cour Suprême du Canada" (1980), *Meredith Lectures* 138, at p. 140:

[TRANSLATION] In the case of statutory tribunals covered by a privative clause, the superior courts could only intervene on questions of jurisdiction, but on such questions the power of review was to be exercised without limitation. The same rule applied to the decision of a consensual tribunal when the parties had asked it to settle a pure question of law.

When the statutory tribunal was not covered by a privative clause, its decisions were also reviewable for error of law on the face of the record. The same rule applied to the decision rendered by a consensual tribunal when it had a general issue before it (as opposed to a pure question of law).

The reason why there is limited review of the answer to the question specifically referred to the arbitrator for decision is because such a question defines the jurisdiction of the consensual arbitrator. Any answer which is truly a response to the question posed must necessarily be within jurisdiction. However, scope for review remains when the answer given is not appropriate to the question, or where there is "an error of law made by the consensual board with reference to material matters 'arising but not specifically referred'" (*Douglas Aircraft, supra*, p. 266).

à la question qui lui est soumise, agit contrairement à la loi ou à la convention.

Il s'agit d'une approche simplifiée et plus fondamentale qui permet essentiellement d'exercer un contrôle judiciaire dans tous les cas où l'arbitre excède sa compétence.

La distinction dans la façon de traiter les arbitrages prescrits par la loi et les arbitrages consensuels me semble illusoire. La position est la même que celle qui existe en matière de contrôle judiciaire en général. La seule différence que pose l'arbitrage consensuel réside dans la manière dont la compétence est définie. Dans une large mesure ce sont les parties, plutôt qu'une loi, qui confèrent compétence à l'arbitre qu'elles choisissent. Toutefois, le facteur essentiel demeure la compétence. Comme Gaston Nadeau l'a écrit dans son article intitulé «Le contrôle judiciaire des tribunaux du travail — Quelques commentaires sur la révision des sentences arbitrales par la Cour Suprême du Canada» (1980), *Meredith Lectures* 138, à la p. 140:

Dans le cas des tribunaux statutaires bénéficiant d'une clause privative les cours supérieures ne pouvaient intervenir que sur des questions de compétence (juridiction) mais sur ces questions le pouvoir de révision devait être exercé sans réserve. La même règle s'appliquait à la décision d'un tribunal consensuel lorsque les parties lui avaient demandé de trancher une pure question de droit.

Lorsque le tribunal statutaire ne bénéficiait pas d'une clause privative ses décisions étaient également révisables pour erreur de droit à la lecture du dossier. La même règle s'appliquait à la décision rendue par un tribunal consensuel lorsqu'il avait été saisi d'un litige général (par opposition à une pure question de droit).

La raison pour laquelle l'examen de la réponse à la question précise soumise à l'arbitre est limité, c'est qu'une telle question définit la compétence de l'arbitre choisi par les parties. Toute réponse qui constitue véritablement une réponse à la question posée doit nécessairement relever de cette compétence. Toutefois, l'étendue du contrôle demeure la même lorsque la réponse donnée ne correspond pas à la question ou lorsqu'il y a [TRADUCTION] «une erreur de droit commise par ce tribunal sur des points importants «qui sont soulevés sans être spécifiquement soumis»» (*Douglas Aircraft, précité*, à la p. 266).

In his article "Recent Developments in Canadian Law: Labour Law" (1986), 18 *Ottawa L.R.* 83, Michael MacNeil comments on the similarity in approach to the statutory and consensual arbitrations. He observes, at p. 102:

Another indication of this unifying trend is the now almost meaningless distinction between statutory and consensual tribunals. At one time it was believed that the characterization of a tribunal as consensual would lead to greater judicial deference when an error was made with respect to a specific question of law presented to the tribunal. However, the Supreme Court has applied a very restrictive test to determine what is a specific question and, despite the objections of Laskin C.J.C., appears to have held that even an error on a specific question could be reviewed on certain grounds.

A similar observation has been made by Gaston Nadeau, *supra*. Nadeau discusses the development of the law respecting review of consensual arbitrations at p. 139:

[TRANSLATION] Canadian courts had developed a number of quite specific rules over the years determining the scope of the power of review. First, it had to be decided whether the tribunal below had been created by statute or whether it was a consensual or private tribunal. In the case of a statutory tribunal, the scope of the judicial review depended on whether there was a privative clause. When a consensual tribunal was in question, the nature of the dispute before it was what determined the degree of judicial intervention.

In Nadeau's view, there is a tendency towards an elimination of the distinction between the two types of dispute resolution for the purposes of judicial review: [TRANSLATION] "There is therefore a clear tendency as well to eliminate the distinction between statutory and consensual arbitration." (p. 142)

It is my view that the standard of judicial review of arbitrations, whether consensual or statutory is essentially the same. I see no valid reason for a distinction. Certainly, the question of who or what sets the parameters of the jurisdiction of the arbitrator may be different in each case. It may be the legislator or it may be the parties themselves. But,

Dans son article intitulé «Recent Developments in Canadian Law: Labour Law» (1986), 18 *Ottawa L.R.* 83, Michael MacNeil commente la similitude de l'approche dans les arbitrages prescrits par la loi et les arbitrages consensuels. Il fait remarquer, à la p. 102:

[TRADUCTION] Une autre indication de cette tendance unificatrice est la distinction maintenant presque dénuée de sens qui existe entre les tribunaux créés par la loi et les tribunaux consensuels. À une certaine époque, on croyait que le fait qu'un tribunal soit qualifié de consensuel entraînerait un plus grand respect par les tribunaux en cas d'erreur commise à l'égard d'une question de droit précisément soumise au tribunal. Toutefois, la Cour suprême a appliqué un test très restrictif pour déterminer ce qui constitue une question précise et, malgré l'opposition du juge en chef Laskin, elle semble avoir conclu que même une erreur concernant une question précise pouvait être examinée pour certains motifs.

Gaston Nadeau, précité, a fait une observation similaire. Il analyse, à la p. 139, l'évolution du droit applicable au contrôle des arbitrages consensuels:

Avec les années la jurisprudence canadienne avait élaboré un certain nombre de règles relativement précises déterminant la portée du pouvoir de révision. Il fallait dans un premier temps déterminer si le tribunal inférieur était établi statutairement ou s'il s'agissait d'un tribunal consensuel ou privé. Dans le cas d'un tribunal statutaire la portée de la révision judiciaire était tributaire de l'existence ou non d'une clause privative. Lorsqu'il s'agissait d'un tribunal consensuel c'est la nature du litige qui lui était soumis qui devait déterminer la mesure de l'intervention judiciaire.

De l'avis de Nadeau, il y a une tendance vers l'élimination de la distinction qui est faite entre les deux types de règlement des litiges aux fins du contrôle judiciaire: «Il y a donc une nette tendance à éliminer également la distinction entre l'arbitrage statutaire et l'arbitrage consensuel.» (p. 142)

Je suis d'avis que la norme du contrôle judiciaire des arbitrages, peu importe qu'il s'agisse d'arbitrages consensuels ou d'arbitrages prescrits par la loi, est essentiellement la même. Je ne vois aucune raison valable d'établir une distinction. Sans aucun doute, la question de savoir qui ou qu'est-ce qui fixe les paramètres de la compétence de l'arbitre

fundamentally, judicial review is available whenever an arbitrator exceeds his or her jurisdiction. Courts should naturally be careful to respect the will of the parties in a consensual arbitration, but, as in the case of a statutory arbitration, jurisdictional matters are subject to review. In a case where an arbitrator has exceeded his or her statutory or consensual jurisdiction, the award rendered will not reflect the will of the parties or respect the terms of the statute. A complaining party is, in such circumstances, entitled to judicial review. I accept a deferential approach to expertise but it must not be so interpreted as to deny recourse to the courts where natural justice or jurisdictional issues are involved.

In a case such as this one it would be manifestly unjust for the courts to refuse to exercise their own powers of judicial review. The deferential approach is not a licence to refuse review. It is merely a caution to courts to recognize the proper role and function of administrative bodies. When such bodies fail to act within jurisdiction, the court does not have the discretion to intervene, it has a duty to intervene at the behest of one or another of the parties.

In the result, I would dismiss the appeal.

Appeal allowed with costs, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Shortt & Company, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

peut être différente dans chaque cas. Ce peut être le législateur ou les parties elles-mêmes. Mais, fondamentalement, il peut y avoir contrôle judiciaire dans tous les cas où un arbitre excède sa compétence. Les tribunaux judiciaires devraient naturellement veiller à respecter la volonté des parties dans le cas d'un arbitrage consensuel mais, tout comme dans le cas d'un arbitrage prescrit par la loi, les questions de compétence sont sujettes au contrôle judiciaire. Dans le cas où un arbitre a excédé sa compétence, prescrite par la loi ou conférée par les parties, la sentence rendue ne reflétera pas la volonté des parties et ne respectera pas les termes de la loi. Le requérant a droit, dans de telles circonstances, au contrôle judiciaire. J'accepte une approche qui respecte l'expertise, mais elle ne doit pas être interprétée de manière à refuser un recours judiciaire lorsqu'il s'agit de questions de justice naturelle ou de compétence.

Dans un cas comme la présente affaire, il serait manifestement injuste que les tribunaux refusent d'exercer leurs propres pouvoirs de contrôle judiciaire. La politique de non-intervention n'est pas une licence pour refuser le contrôle judiciaire. Il s'agit simplement d'une mise en garde faite aux tribunaux judiciaires pour qu'ils reconnaissent le rôle et la fonction légitimes des organismes administratifs. Lorsque de tels organismes ne respectent pas leur compétence, le tribunal judiciaire n'a pas le pouvoir discrétionnaire d'intervenir, il a le devoir d'intervenir à la demande de l'une ou l'autre des parties.

Pour ces raisons, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli avec dépens, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.

Procureurs de l'appelant: Shortt & Company, Vancouver.

Procureurs de l'intimée: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.



*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, 1988 Vol. 2

5^e cahier, 1988 Vol. 2

Cited as [1988] 2 S.C.R. 595-823

Renvoi [1988] 2 R.C.S. 595-823

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

Deputy Registrar & Chief Law Editor
ANNE ROLAND, LL.L.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretary
CAROLE LOISELLE

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, 1988.

CONTENTS

Canadian Pacific Ltd. v. Paul 654

Injunctions — Trespass — Members of Indian band blocking railway right-of-way across the reserve — Railway company seeking a permanent injunction to restrain Indian band from interfering with its right-of-way — Nature of the Company interest in the right-of-way — Whether a permanent injunction should be awarded — Act to incorporate the Woodstock Railway Company, S.N.B. 1864, 27 Vict., c. 57, s. 24.

Clark v. Canadian National Railway Co. 680

Constitutional law — Division of powers — Federal undertaking — Negligence — Child seriously injured by train — Action brought after limitation period provided for by federal act governing railways but within time allowed by provincial statute — Whether action statute barred — Whether federal limitation provision constitutionally valid or constitutionally applicable — Whether federal limitation provision conflicted with and rendered inoperative s. 18 of the provincial Limitation of Actions Act — Constitution Act, 1867, ss. 91(29), 92(10) — Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2, s. 342(1) — Limitation of Actions Act, R.S.N.B. 1973, c. L-8, s. 18.

Devine v. Quebec (Attorney General) 790

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Language — Provincial legislation regulating the use of French in commerce and business — Whether provincial legislation *ultra*

Continued on next page

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

Registraire adjoint & Arrêtiiste en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secrétaire
CAROLE LOISELLE

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, 1988.

SOMMAIRE

Canadien Pacifique Ltée c. Paul 654

Injonctions — Intrusion — Emprise d'un chemin de fer sur une réserve bloquée par les membres d'une bande indienne — Demande d'injonction permanente par la compagnie de chemin de fer en vue d'empêcher la bande indienne d'entraver l'exercice de son droit de passage — Nature du droit de la compagnie sur l'emprise — Une injonction permanente devrait-elle être accordée? — Act to incorporate the Woodstock Railway Company, S.N.B. 1864, 27 Vict., chap. 57, art. 24.

Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada 680

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Entreprise fédérale — Négligence — Enfant grièvement blessé par un train — Action intentée après le délai de prescription prévu par une loi fédérale régissant les chemins de fer mais dans le délai accordé par une loi provinciale — L'action est-elle prescrite? — La disposition fédérale en matière de prescription est-elle, du point de vue constitutionnel, valide ou applicable? — La disposition fédérale en matière de prescription entre-t-elle en conflit avec l'art. 18 de la Loi sur la prescription provinciale ou le rend-elle inopérant? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), 92(10) — Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, chap. R-2, art. 342(1) — Loi sur la prescription, L.R.N.-B. 1973, chap. L-8, art. 18.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

vires the provincial legislature — Whether provincial legislation invades federal jurisdiction with respect to criminal law and interprovincial trade and commerce — Whether provincial legislation constitutes an obstacle to mobility — Constitution Act, 1867, ss. 91, 92 — Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 52, 57, 58, 59, 60, 61 — Regulation respecting the language of commerce and business, R.R.Q., c. C-11, r. 9.

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Exception where express declaration — Provincial legislation regulating the use of French in commerce and business — Whether provincial legislation protected from the application of ss. 2(b) and 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms by a valid and subsisting override provision — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 33 — An Act to amend the Charter of the French Language, S.Q. 1983, c. 56, s. 52 — Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 52, 57, 58, 59, 60, 61, 214 — Regulation respecting the language of commerce and business, R.R.Q., c. C-11, r. 9.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Provincial legislation regulating language of business and commerce — Legislation providing for the exclusive or joint use of French in certain commercial activities — Whether freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms includes the freedom to express oneself in the language of one's choice — Whether the guarantee of freedom of expression extends to commercial expression — Whether provincial legislation infringes the guarantee of freedom of expression — Whether limit imposed by the provincial legislation on freedom of expression justifiable under s. 1 of the Canadian Charter — Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 57, 59, 60, 61 — Regulation respecting the language of commerce and business, R.R.Q., c. C-11, r. 9.

Civil rights — Provincial human rights legislation — Freedom of expression — Provincial legislation regulating language of business and commerce — Legislation providing for the exclusive or joint use of French in certain commercial activities — Whether freedom of expression guaranteed by s. 3 of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms includes the freedom to express oneself in the language of one's choice — Whether the guarantee of freedom of expression extends to commercial expression — Whether provincial legislation infringes the guarantee of freedom of expression — Whether limit imposed by the provincial legislation on freedom of expression justifiable under s. 9.1 of the Quebec Charter — Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 52, 57, 58, 59, 60, 61 — Regulation respecting the language of commerce and business, R.R.Q., c. C-11, r. 9.

Civil rights — Discrimination based on language — Provincial legislation regulating language of business and commerce — Legislation providing for the exclusive or joint use of French in certain commercial activities — Whether provincial legislation infringes the guarantee against discrimination based on language in s. 10 of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms — Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 52, 57, 58, 59, 60, 61 — Regulation respecting the language of commerce and business, R.R.Q., c. C-11, r. 9.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Devine c. Québec (Procureur général) 790

Droit constitutionnel — Partage des compétences législatives — Langue — Loi provinciale réglementant l'usage du français dans le commerce et les affaires — La loi provinciale est-elle *ultra vires* de l'assemblée législative? — La loi provinciale empiète-t-elle sur la compétence fédérale en ce qui a trait au droit criminel et au commerce interprovincial? — La loi provinciale constitue-t-elle un obstacle à la liberté de circulation? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92 — Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 52, 57, 58, 59, 60, 61 — Règlement sur la langue du commerce et des affaires, R.R.Q., chap. C-11, r. 9.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Dérogation par déclaration expresse — Loi provinciale réglementant l'usage du français dans le commerce et les affaires — La loi provinciale est-elle soustraite à l'application des art. 2b) et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés par une disposition dérogatoire valide et en vigueur? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 33 — Loi modifiant la Charte de la langue française, L.Q. 1983, chap. 56, art. 52 — Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 52, 57, 58, 59, 60, 61, 214 — Règlement sur la langue du commerce et des affaires, R.R.Q., chap. C-11, r. 9.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Loi provinciale réglementant la langue du commerce et des affaires — Loi prévoyant l'usage exclusif ou concurrent du français dans certaines activités commerciales — La liberté d'expression garantie par l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés comprend-elle la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix? — La garantie de liberté d'expression s'étend-elle à l'expression commerciale? — La loi provinciale viole-t-elle la garantie de liberté d'expression? — La restriction que la loi provinciale impose à la liberté d'expression est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte canadienne? — Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 57, 59, 60, 61 — Règlement sur la langue du commerce et des affaires, R.R.Q., chap. C-11, r. 9.

Libertés publiques — Loi provinciale sur les droits de la personne — Liberté d'expression — Loi provinciale réglementant la langue du commerce et des affaires — Loi prévoyant l'usage exclusif ou concurrent du français dans certaines activités commerciales — La liberté d'expression garantie par l'art. 3 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec comprend-elle la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix? — La garantie de liberté d'expression s'étend-elle à l'expression commerciale? — La loi provinciale viole-t-elle la garantie de liberté d'expression? — La restriction que la loi provinciale impose à la liberté d'expression est-elle justifiable en vertu de l'art. 9.1 de la Charte québécoise? — Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 52, 57, 58, 59, 60, 61 — Règlement sur la langue du commerce et des affaires, R.R.Q., chap. C-11, r. 9.

Libertés publiques — Discrimination fondée sur la langue — Loi provinciale réglementant la langue du commerce et des affaires — Loi prévoyant l'usage exclusif ou concurrent du français dans certaines activités commerciales — La loi provinciale viole-t-elle la garantie contre la discrimination fondée sur la langue reconnue à l'art. 10 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec? — Charte de la langue française,

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Ford v. Quebec (Attorney General) 712

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Exception where express declaration — Provincial legislation requiring that public signs, commercial advertising and firm name should be in French only — Whether provincial legislation protected from the application of s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms by a valid and subsisting override provision — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 33 — Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 58, 69, 214 — An Act to amend the Charter of the French Language, S.Q. 1983, c. 56, s. 52 — An Act respecting the Constitution Act, 1982, S.Q. 1982, c. 21, ss. 1, 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Override provision — Provincial legislation adding standard override provision to all provincial statutes enacted before June 23, 1982 — Standard override provision given retrospective effect — Whether standard override provisions enacted by provincial legislation valid — Whether provincial legislation consistent with s. 33 of the Canadian Charter — Whether all the provisions in s. 2 and ss. 7 to 15 of the Canadian Charter could be validly overridden by a single enactment — Whether override provision may have a retrospective effect — An Act respecting the Constitution Act, 1982, S.Q. 1982, c. 21, ss. 1, 2, 7 — Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, s. 214 — An Act to amend the Charter of the French Language, S.Q. 1983, c. 56, s. 52.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Provincial legislation requiring that public signs, commercial advertising and firm name should be in French only — Whether freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms includes the freedom to express oneself in the language of one's choice — Whether the guarantee of freedom of expression extends to commercial expression — Whether provincial legislation infringes the guarantee of freedom of expression — Whether limit imposed by the provincial legislation on freedom of expression justifiable under s. 1 of the Canadian Charter — Whether a denial or negation of a guaranteed right or freedom could be a limit within s. 1 — Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 58, 69.

Statutes — Application — Provincial human rights legislation — Dates from which s. 3 of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms took precedence over the provisions of the other provincial statutes — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 52 — An Act to amend the Charter of Human Rights and Freedoms, S.Q. 1982, c. 61, ss. 16, 34 — Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 58, 69 — An Act to amend the Charter of the French Language, S.Q. 1983, c. 56, s. 12.

Civil rights — Provincial human rights legislation — Freedom of expression — Provincial legislation requiring that public signs, commercial advertising and firm name should be in French only — Whether freedom of expression guaranteed by s. 3 of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms includes the freedom to express oneself in the language of one's choice — Whether the guarantee of freedom of expression extends to commercial expression — Whether provincial legislation infringes the guarantee of freedom of expression — Whether limit imposed by the provincial legislation on freedom

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

L.R.Q., chap. C-11, art. 52, 57, 58, 59, 60, 61 — Règlement sur la langue du commerce et des affaires, R.R.Q., chap. C-11, r. 9.

Ford c. Québec (Procureur général) 712

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Dérogation par déclaration expresse — Loi provinciale exigeant que l'affichage public, la publicité commerciale et les raisons sociales soient en français seulement — La loi provinciale est-elle soustraite à l'application de l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés par une disposition dérogatoire valide et en vigueur? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 33 — Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 58, 69, 214 — Loi modifiant la Charte de la langue française, L.Q. 1983, chap. 56, art. 52 — Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982, L.Q. 1982, chap. 21, art. 1, 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Disposition dérogatoire — Loi provinciale ajoutant une disposition dérogatoire type à toutes les lois provinciales adoptées avant le 23 juin 1982 — Disposition dérogatoire type ayant effet rétroactif — Les dispositions dérogatoires types édictées par la loi provinciale sont-elles valides? — La loi provinciale est-elle compatible avec l'art. 33 de la Charte canadienne? — Peut-il être dérogé à toutes les dispositions de l'art. 2 et des art. 7 à 15 de la Charte canadienne par un seul texte législatif? — La disposition dérogatoire peut-elle avoir un effet rétroactif? — Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982, L.Q. 1982, chap. 21, art. 1, 2, 7 — Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 214 — Loi modifiant la Charte de la langue française, L.Q. 1983; chap. 56, art. 52.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Loi provinciale exigeant que l'affichage public, la publicité commerciale et les raisons sociales soient en français seulement — La liberté d'expression garantie par l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés comprend-elle la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix? — La garantie de liberté d'expression s'étend-elle à l'expression commerciale? — La loi provinciale viole-t-elle la garantie de liberté d'expression? — La restriction que la loi provinciale impose à la liberté d'expression est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte canadienne? — Le déni ou la négation d'un droit ou d'une liberté garantis peuvent-ils constituer une restriction aux fins de l'article premier? — Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 58, 69.

Législation — Application — Loi provinciale sur les droits de la personne — Dates à partir desquelles l'art. 3 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec avait préséance sur les dispositions des autres lois provinciales — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., chap. C-12, art. 3, 52 — Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne, L.Q. 1982, chap. 61, art. 16, 34 — Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 58, 69 — Loi modifiant la Charte de la langue française, L.Q. 1983, chap. 56, art. 12.

Libertés publiques — Loi provinciale sur les droits de la personne — Liberté d'expression — Loi provinciale exigeant que l'affichage public, la publicité commerciale et les raisons sociales soient en français seulement — La liberté d'expression

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

of expression justifiable under s. 9.1 of the Quebec Charter — Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 58, 69.

Civil rights — Discrimination based on language — Provincial legislation requiring that public signs, commercial advertising and firm name should be in French only — Whether provincial legislation infringes the guarantee against discrimination based on language in s. 10 of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms — Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 58, 69.

Mandzuk v. Insurance Corporation of British Columbia .. 650

Torts — Damages — Personal injury — Management or investment counselling fees — Defendant to take plaintiff as found — Recovery of such fees question of fact — Plaintiff to prove management assistance or investment advice necessary and cost of such services.

R. v. Gamble 595

Constitutional law — Charter of Rights — Interpretation — Retroactivity — Accused convicted and sentenced before the proclamation of the Charter under the wrong provisions of the Criminal Code — Accused sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for 25 years — Period of parole ineligibility between 10 to 20 years, rather than 25, if proper law applied — Application for Charter relief after 10 years of imprisonment — Accused alleging that current operation of the parole ineligibility provision in the sentence violates s. 7 of the Charter — Whether accused's claim involves a retrospective application of the Charter — Criminal Law Amendment Act (No. 2), 1976, S.C. 1974-75-76, c. 105, ss. 4, 5, 21, 27.

Constitutional law — Charter of Rights — Liberty of the person — Fundamental justice — Accused convicted and sentenced under the wrong provisions of the Criminal Code — Accused sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for 25 years — Period of parole ineligibility between 10 to 20 years, rather than 25, if proper law applied — Whether current operation of the parole ineligibility provision in the sentence violates s. 7 of the Charter.

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Declaratory relief — Accused seeking relief under s. 24(1) of the Charter from the current operation of the parole ineligibility provision in her sentence — Whether accused entitled to a declaration of eligibility for parole.

Prerogative writs — *Habeas corpus* — Jurisdiction — Superior courts — Accused convicted and sentenced in Alberta but imprisoned in Ontario — Application for *habeas corpus* and for Charter relief under s. 24(1) of the Charter — Whether Supreme Court of Ontario has jurisdiction to issue *habeas corpus*.

Prerogative writs — *Habeas corpus* — Availability — Parole — Whether *habeas corpus* appropriate to review the legality of the deprivation of liberty of the accused inherent in the operation of the parole ineligibility provision in her sentence.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

garantie par l'art. 3 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec comprend-elle la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix? — La garantie de liberté d'expression s'étend-elle à l'expression commerciale? — La loi provinciale viole-t-elle la garantie de liberté d'expression? — La restriction que la loi provinciale impose à la liberté d'expression est-elle justifiable en vertu de l'art. 9.1 de la Charte québécoise? — Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 58, 69.

Libertés publiques — Discrimination fondée sur la langue — Loi provinciale exigeant que l'affichage public, la publicité commerciale et les raisons sociales soient en français seulement — La loi provinciale viole-t-elle la garantie contre la discrimination fondée sur la langue reconnue à l'art. 10 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec? — Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 58, 69.

Mandzuk c. Insurance Corporation of British Columbia .. 650

Responsabilité délictuelle — Dommages-intérêts — Lésions corporelles — Honoraires pour des services de consultation en placements ou en gestion — Acceptation par le défendeur de la vulnérabilité du demandeur — La récupération de ces honoraires constitue une question de fait — Demandeur tenu de prouver la nécessité de recourir à une aide en gestion ou à des conseils en placements, et le coût de ces services.

R. c. Gamble 595

Droit constitutionnel — Charte des droits — Interprétation — Rétroactivité — Accusée déclarée coupable et condamnée avant la proclamation de la Charte sous le régime de dispositions inapplicables du Code criminel — Condamnation à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans — Inadmissibilité à la libération conditionnelle pendant 10 à 20 ans, plutôt que 25, si la bonne loi avait été appliquée — Demande de redressement en vertu de la Charte après 10 ans d'emprisonnement — L'accusée allègue que l'application de la disposition de la sentence concernant l'inadmissibilité viole l'art. 7 de la Charte — La demande de l'accusée fait-elle intervenir une application rétroactive de la Charte? — Loi de 1976 modifiant le droit pénal, n° 2, S.C. 1974-75-76, chap. 105, art. 4, 5, 21, 27.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de la personne — Justice fondamentale — Accusée déclarée coupable et condamnée sous le régime de dispositions inapplicables du Code criminel — Condamnation à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans — Inadmissibilité à la libération conditionnelle pendant 10 à 20 ans, plutôt que 25, si la bonne loi avait été appliquée — L'application de la disposition de la sentence concernant l'inadmissibilité viole-t-elle l'art. 7 de la Charte?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparations — Jugement déclaratoire — Réparation demandée en vertu de l'art. 24(1) de la Charte pour remédier à l'effet de la disposition de la sentence concernant l'inadmissibilité à la libération conditionnelle — L'accusée a-t-elle droit à un jugement la déclarant admissible à la libération conditionnelle?

Brefs de prérogative — *Habeas corpus* — Compétence — Cours supérieures — Accusée déclarée coupable et condamnée en Alberta mais incarcérée en Ontario — Demande d'*habeas*

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Gillespie 653

Criminal law — Sexual assault — Defence of honest but mistaken belief as to consent to sexual intercourse — Failure of trial judge to direct jury to this defence — Appeal dismissed.

SOMMAIRE (Fin)

corpus et de réparation en vertu de l'art. 24(1) de la Charte — La Cour suprême de l'Ontario a-t-elle compétence pour délivrer un bref d'*habeas corpus*?

Brefs de prérogative — *Habeas corpus* — Possibilité d'exercer le recours — Libération conditionnelle — Le bref d'*habeas corpus* est-il approprié pour une révision de la légalité de la privation de liberté de l'accusée inhérente à l'application de la disposition de sa sentence concernant l'inadmissibilité à la libération conditionnelle?

R. c. Gillespie 653

Droit criminel — Agression sexuelle — Défense de croyance honnête mais erronée au consentement aux rapports sexuels — Aucune directive du juge du procès relativement à cette défense — Pourvoi rejeté.

Janise Marie Gamble *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General for Alberta and the Attorney General for Ontario *Interveners*

INDEXED AS: R. v. GAMBLE

File No.: 20433.

1988: June 17; 1988: December 8.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Lamer, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Interpretation — Retrospectivity — Accused convicted and sentenced before the proclamation of the Charter under the wrong provisions of the Criminal Code — Accused sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for 25 years — Period of parole ineligibility between 10 to 20 years, rather than 25, if proper law applied — Application for Charter relief after 10 years of imprisonment — Accused alleging that current operation of the parole ineligibility provision in the sentence violates s. 7 of the Charter — Whether accused's claim involves a retrospective application of the Charter — Criminal Law Amendment Act (No. 2), 1976, S.C. 1974-75-76, c. 105, ss. 4, 5, 21, 27.

Constitutional law — Charter of Rights — Liberty of the person — Fundamental justice — Accused convicted and sentenced under the wrong provisions of the Criminal Code — Accused sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for 25 years — Period of parole ineligibility between 10 to 20 years, rather than 25, if proper law applied — Whether current operation of the parole ineligibility provision in the sentence violates s. 7 of the Charter.

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Declaratory relief — Accused seeking relief under s. 24(1) of the Charter from the current operation of the parole ineligibility provision in her sentence — Whether accused entitled to a declaration of eligibility for parole.

Janise Marie Gamble *Appelante*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

^a et

Le procureur général de l'Alberta et le procureur général de l'Ontario *Intervenants*

^b RÉPERTORIÉ: R. C. GAMBLE

N^o du greffe: 20433.

1988: 17 juin; 1988: 8 décembre.

^c Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Lamer, Wilson et L'Heureux-Dubé.

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

^d *Droit constitutionnel — Charte des droits — Interpretation — Rétroactivité — Accusée déclarée coupable et condamnée avant la proclamation de la Charte sous le régime de dispositions inapplicables du Code criminel — Condamnation à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans — Inadmissibilité à la libération conditionnelle pendant 10 à 20 ans, plutôt que 25, si la bonne loi avait été appliquée — Demande de redressement en vertu de la Charte après 10 ans d'emprisonnement — L'accusée allègue que l'application de la disposition de la sentence concernant l'inadmissibilité viole l'art. 7 de la Charte — La demande de l'accusée fait-elle intervenir une application rétroactive de la Charte? — Loi de 1976 modifiant le droit pénal, n^o 2, S.C. 1974-75-76, chap. 105, art. 4, 5, 21, 27.*

^e *Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de la personne — Justice fondamentale — Accusée déclarée coupable et condamnée sous le régime de dispositions inapplicables du Code criminel — Condamnation à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans — Inadmissibilité à la libération conditionnelle pendant 10 à 20 ans, plutôt que 25, si la bonne loi avait été appliquée — L'application de la disposition de la sentence concernant l'inadmissibilité viole-t-elle l'art. 7 de la Charte?*

^f *Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparations — Jugement déclaratoire — Réparation demandée en vertu de l'art. 24(1) de la Charte pour remédier à l'effet de la disposition de la sentence concernant l'inadmissibilité à la libération conditionnelle — L'accusée a-t-elle droit à un jugement la déclarant admissible à la libération conditionnelle?*

Prerogative writs — Habeas corpus — Jurisdiction — Superior courts — Accused convicted and sentenced in Alberta but imprisoned in Ontario — Application for habeas corpus and for Charter relief under s. 24(1) of the Charter — Whether Supreme Court of Ontario has jurisdiction to issue habeas corpus.

Prerogative writs — Habeas corpus — Availability — Parole — Whether habeas corpus appropriate to review the legality of the deprivation of liberty of the accused inherent in the operation of the parole ineligibility provision in her sentence.

In March 1976, appellant's accomplice killed a police officer while they were in flight from a robbery. Nine months later, appellant was convicted of first degree murder under s. 214 of the *Criminal Code* and was sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for 25 years pursuant to s. 669(a) of the *Code*. Both sections were proclaimed in force on July 26, 1976 as part of a new criminal law (*Criminal Law Amendment Act (No. 2)*, 1976, S.C. 1974-75-76, c. 105). On appeal, the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta found that she should have been tried under the old provisions of the *Criminal Code* in force at the time of the offence. After comparing the old and new provisions, the Court concluded that appellant had been prejudiced by her trial under the new provisions but held that it was prevented from granting the remedy of a new trial under the old law because of the transitional provisions of s. 27(2) of the *Criminal Law Amendment Act (No. 2)*, 1976. The effect of these provisions was that the new trial and the punishment imposed in the event of conviction would be the same as if the offence had been committed after the coming into force of the amendment Act. The law applicable to the new trial would accordingly be the same as that applied at the previous trial. Appellant's application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada was dismissed.

If the appellant had been found guilty of murder punishable by life imprisonment, as opposed to murder punishable by death, under the law in force before July 26, 1976, she would have been ineligible for parole for not more than 20 years but also for not less than 10. In 1986, after 10 years of imprisonment in a penitentiary in Kingston, appellant made an application to the Supreme Court of Ontario for relief by means of a writ of *habeas corpus ad subjiciendum* with a writ of *certiorari* in aid and under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights*

Brefs de prérogative — Habeas corpus — Compétence — Cours supérieures — Accusée déclarée coupable et condamnée en Alberta mais incarcérée en Ontario — Demande d'habeas corpus et de réparation en vertu de l'art. 24(1) de la Charte — La Cour suprême de l'Ontario a-t-elle compétence pour délivrer un bref d'habeas corpus?

Brefs de prérogative — Habeas corpus — Possibilité d'exercer le recours — Libération conditionnelle — Le bref d'habeas corpus est-il approprié pour une révision de la légalité de la privation de liberté de l'accusée inhérente à l'application de la disposition de sa sentence concernant l'inadmissibilité à la libération conditionnelle?

En mars 1976, le complice de l'appelante a tué un agent de police dans leur fuite après un vol qualifié. Neuf mois plus tard, l'appelante a été déclarée coupable de meurtre au premier degré en vertu de l'art. 214 du *Code criminel* et a été condamnée à l'emprisonnement à perpétuité sans admissibilité à la libération conditionnelle pendant 25 ans en application de l'al. 669a) du *Code*. Les deux articles ont été proclamés en vigueur le 26 juillet 1976 dans le cadre d'une nouvelle loi pénale (*Loi de 1976 modifiant le droit pénal, n° 2*, S.C. 1974-75-76, chap. 105). La Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta a conclu qu'elle aurait dû subir son procès en vertu de l'ancienne disposition du *Code criminel* en vigueur au moment de l'infraction. Après avoir comparé les anciennes et les nouvelles dispositions, la cour a conclu que l'appelante avait subi un préjudice en étant jugée en vertu des nouvelles dispositions, mais elle a statué que les dispositions transitoires du par. 27(2) de la *Loi de 1976 modifiant le droit pénal, n° 2*, lui interdisaient d'accorder un nouveau procès en réparation. L'effet de ces dispositions était que l'issue du nouveau procès et la peine infligée, en cas de déclaration de culpabilité, seraient les mêmes que si l'infraction avait été commise après l'entrée en vigueur de la loi modificative. La loi applicable au nouveau procès serait donc la même que celle qui a été appliquée au procès antérieur. La demande d'autorisation de pourvoi de l'appelante à la Cour suprême du Canada a été rejetée.

Si l'appelante avait été trouvée coupable d'un meurtre punissable d'emprisonnement à perpétuité, par opposition à un meurtre punissable de mort, sous le régime du droit en vigueur avant le 26 juillet 1976, elle n'aurait pas été admissible à la libération conditionnelle pendant au plus 20 ans mais également pendant au moins 10 ans. En 1986, après 10 ans d'incarcération dans un pénitencier à Kingston, l'appelante a adressé à la Cour suprême de l'Ontario une demande de redressement sous forme de bref d'*habeas corpus ad subjiciendum* avec un cer-

and Freedoms. Appellant alleged that her continued detention pursuant to the 25-year parole ineligibility condition in her sentence violated s. 7 of the *Charter* and that she was entitled, under s. 24(1) of the *Charter*, to a declaration that she is now eligible for parole. The Supreme Court of Ontario dismissed the application and the judgment was affirmed by the Court of Appeal.

Held (Dickson C.J. and Beetz J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Lamer, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ.: Appellant's s. 7 claim does not involve a retrospective application of the *Charter*. Appellant, convicted and sentenced under the wrong law, is not seeking a review of her pre-*Charter* trial and sentence in light of the standards contained in the *Charter*. Appellant's case is that the current ongoing operation of the parole ineligibility provision in her sentence violates her liberty interest under s. 7 of the *Charter* and is therefore unlawful. This unlawfulness is part of the pre-*Charter* history and has, in appellant's submission, largely contributed to her current continuing unconstitutional detention. The relevant act to which the *Charter* is applied would not be the conviction or sentencing but the continuing execution of that part of the sentence which mandates a 25-year period of parole ineligibility. When, as in this case, a person claims a continuing current violation of her liberty interest, it is the duty of the courts to consider her *Charter* claim and, in the context of that claim, to consider pre-*Charter* history to the extent it explains or contributes to what is alleged to be a current *Charter* violation. This does not involve a retrospective application of the *Charter*. The decision of this Court in *R. v. Milne*, [1987] 2 S.C.R. 512, was distinguishable from the present case.

The Ontario courts had jurisdiction to entertain the appellant's application for *habeas corpus* and *Charter* relief under s. 24(1) of the *Charter*. The fact that she was convicted and sentenced in Alberta does not deprive the Superior Court of Ontario of its traditional jurisdiction to issue a writ of *habeas corpus ad subjiciendum* to those in the province detaining a person in the province for the purpose of reviewing the legality of that detention or confinement. Where a court has jurisdiction over the subject matter and the person, it may, under s. 24(1)

tiorari auxiliaire, fondée sur le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'appelante a allégué que la continuation de sa détention, en vertu de la condition d'inadmissibilité de 25 ans à la libération conditionnelle attachée à sa sentence, viole l'art. 7 de la *Charte* et qu'elle a droit, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, à une déclaration qu'elle est maintenant admissible à la libération conditionnelle. La Cour suprême de l'Ontario a rejeté la demande et la Cour d'appel a confirmé ce jugement.

Arrêt (le juge en chef Dickson et le juge Beetz sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les juges Lamer, Wilson et L'Heureux-Dubé: La demande de l'appelante fondée sur l'art. 7 ne fait pas intervenir une application rétroactive de la *Charte*. L'appelante, reconnue coupable et condamnée en vertu d'une loi inapplicable, ne réclame pas la révision de son procès et de sa sentence antérieurs à la *Charte* au regard des normes contenues dans la *Charte*. La thèse de l'appelante est que l'application actuelle de la disposition contenue dans sa sentence sur l'inadmissibilité à la libération conditionnelle viole son intérêt en matière de liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte* et est donc illicite. Ce caractère illicite fait partie des événements antérieurs à la *Charte* et, selon l'appelante, il a largement contribué à la continuation inconstitutionnelle de sa détention. L'acte pertinent auquel la *Charte* est appliquée serait non pas la déclaration de culpabilité ni la sentence prononcée, mais la continuation de l'exécution de cette partie de la sentence qui oblige à purger 25 ans avant d'être admissible à la libération conditionnelle. Lorsque, comme en l'espèce, une personne prétend qu'il y a actuellement atteinte continue à son intérêt en matière de liberté, c'est le devoir des tribunaux d'examiner sa demande sur le fondement de la *Charte* et, dans le contexte de cette demande, d'examiner les événements antérieurs à la *Charte* dans la mesure où ils expliquent ce qu'on allègue être une violation actuelle de la *Charte*, ou y contribuent. Cela n'implique pas une application rétroactive de la *Charte*. L'arrêt de cette Cour *R. c. Milne*, [1987] 2 R.C.S. 512, se distingue de la présente espèce.

Les tribunaux ontariens avaient compétence pour connaître de la demande d'*habeas corpus* de l'appelante et du recours selon le par. 24(1) de la *Charte*. Le fait qu'elle ait été reconnue coupable et condamnée en Alberta ne prive pas la Cour supérieure de l'Ontario de sa compétence traditionnelle pour délivrer un bref d'*habeas corpus ad subjiciendum* à des gens de la province qui détiennent une personne dans la province, afin de réviser la légalité de cette détention ou incarcération. Lorsqu'un tribunal a compétence *ratione materiae* et

of the *Charter*, grant such relief as it considers appropriate and just in the circumstances. The superior courts have a discretion to decline to exercise their jurisdiction if the normal trial and appeal process is better suited to vindicate the interests at stake. But this discretion should be exercised with due regard to the constitutionally mandated need to provide prompt and effective enforcement of *Charter* rights, especially when an ongoing and continuing violation of a *Charter* right is alleged and the superior court is being asked to exercise its traditional function to determine the legality of an ongoing deprivation of liberty.

The review requested in this case does not exceed the jurisdictional nature of the review contemplated by way of *habeas corpus*. A conviction and sentence rendered under the wrong provisions of the *Criminal Code* clearly constitutes jurisdictional error. The defect is apparent on the face of the warrant of committal and an appreciation of the error does not require a re-trial on the merits or an evaluation of the evidence presented at trial. In any event, the courts have, in general, not bound themselves to limited categories or definitions of jurisdictional review when the liberty of the subject was at stake. This trend should be affirmed where *habeas corpus* is sought as a *Charter* remedy and distinctions which have become uncertain, technical, artificial and, most importantly, non-purposive should be rejected. Indeed, a purposive approach should be applied to the administration of *Charter* remedies as well as to the interpretation of *Charter* rights and, in particular, should be adopted when *habeas corpus* is the requested remedy. That remedy has traditionally been used and is admirably suited to the protection of the citizen's fundamental right to liberty and the right not to be deprived of it except in accordance with the principles of fundamental justice. *Charter* relief should not be denied by overly rigid rules. Here, a purposive and expansive approach to the remedy of *habeas corpus* leads to the conclusion that the writ is appropriately used to review the legality of the significant deprivation of liberty inherent in the operation of the parole ineligibility provision. This review can take place without either circumventing the appeal process or becoming *de facto* an appeal on the merits. The role of *habeas corpus* as a remedy under s. 24(1) of the *Charter* reinforces the policy of flexibly and generously adapting the writ in order that it continue to protect liberty interests now constitutionally protected under the *Charter*. Finally, to deny the appellant *Charter* relief because she received her criminal trial and sentencing under the wrong

ratione personae, il peut, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, accorder la réparation qu'il estime convenable et juste eu égard aux circonstances. Les cours supérieures ont le pouvoir discrétionnaire de refuser d'exercer leur compétence si la procédure normale tant en première instance qu'en appel est mieux en mesure de faire droit aux intérêts en cause, mais on devrait exercer ce pouvoir discrétionnaire en tenant dûment compte de la nécessité imposée par la Constitution de donner promptement et efficacement effet aux droits conférés par la *Charte*, surtout lorsqu'on allègue une violation actuelle et continue d'un droit garanti par la *Charte* et qu'on demande à la cour supérieure d'exercer sa fonction traditionnelle pour juger de la légalité de la continuation d'une privation de liberté.

La révision demandée en l'espèce ne dépasse pas la nature juridictionnelle de la révision envisagée dans le cas d'un *habeas corpus*. Une déclaration de culpabilité et une condamnation sur le fondement de dispositions inapplicables du *Code criminel* constituent clairement une erreur juridictionnelle. Le vice est apparent sur le mandat de dépôt et l'appréciation de l'erreur n'exige ni un nouveau procès sur le fond ni une évaluation des preuves offertes au procès. Quoi qu'il en soit, les tribunaux ne se sont pas, en général, liés par des catégories limitées ni par des définitions du contrôle juridictionnel lorsque la liberté du sujet était en cause. Cette tendance doit être maintenue lorsqu'on demande un *habeas corpus* à titre de réparation fondée sur la *Charte* et des distinctions devenues obscures, techniques, artificielles et surtout des distinctions ne tenant aucun compte de l'objet visé devraient être rejetées. En fait, il faut adopter une démarche fondée sur l'objet recherché dans l'application des réparations en vertu de la *Charte*, tout comme en matière d'interprétation des droits qu'elle garantit et, notamment, lorsque l'*habeas corpus* est la réparation recherchée. Le rôle traditionnel de ce recours, rôle auquel il est parfaitement adapté, est la protection du droit fondamental du citoyen à la liberté et du droit de n'en être privé qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Un redressement fondé sur la *Charte* ne doit pas être refusé en raison de règles trop rigides. En l'espèce, une interprétation large de l'*habeas corpus*, fondée sur l'objet visé, amène la conclusion que c'est à bon droit qu'on se sert de ce bref pour réviser la légalité de la privation importante de liberté inhérente à l'application de la disposition sur l'inadmissibilité à la libération conditionnelle. Cette révision peut avoir lieu sans que ce soit là un moyen de contourner la procédure d'appel ni sans en faire un appel *de facto* au fond. Le rôle de l'*habeas corpus* en tant que réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, renforce la politique de souplesse et d'adaptation génèreuse du bref afin qu'il

Criminal Code provisions in a superior court of criminal jurisdiction and not in an inferior court is completely unacceptable, given the interests that are at stake. Illegalities in a sentence given by a superior court should not escape review by way of *habeas corpus* where the process of the court itself demonstrates vitiating error.

The current operation of the condition in appellant's sentence—the 25-year period of parole ineligibility—^c infringes her s. 7 residual liberty interest and this infringement was not effected in accordance with the principles of fundamental justice. It is fundamental to any legal system which recognizes “the rule of law” that an accused must be tried and punished under the law in force at the time the offence is committed. This did not happen in this case and a comparison of the relevant legislation indicates that the appellant *prima facie* was prejudiced by not being tried and punished under the proper law. Appellant is therefore entitled under s. 24(1) of the *Charter* to a declaration of eligibility for parole without having to prove that it was ineluctable that she would only have received a sentence of life imprisonment with eligibility for parole after 10 years. Declaratory relief has been recognized by this Court as an effective and flexible remedy for the settlement of real disputes. Moreover, this Court, having assumed jurisdiction over the subject matter and the person on this appeal from a denial of *habeas corpus*, can exercise its broad discretion under s. 24(1) of the *Charter* to order any remedy within its jurisdiction which it considers appropriate and just in the circumstances. The Parole Board is, however, the final arbiter of whether and when she should be released on parole.

Per Dickson C.J. and Beetz J. (dissenting): Appellant's continued incarceration with no parole eligibility for 25 years cannot be challenged under s. 7 without retrospectively applying the *Charter* either to s. 27(2) of the *Criminal Law Amendment Act (No. 2), 1976*, the provision which endorsed the retrospective application of the amended provisions of the *Criminal Code* enacted after the commission of the offence, or to the conviction and sentence which s. 27(2) validated. While section 7

continue à assurer la protection des droits à la liberté maintenant constitutionnellement protégés par la *Charte*. Enfin, refuser à l'appelante le redressement demandé en vertu de la *Charte* parce qu'elle a été jugée au criminel et qu'elle a été condamnée, en vertu de dispositions inapplicables du *Code criminel*, par une cour supérieure de juridiction criminelle et non par un tribunal inférieur est totalement inacceptable compte tenu des intérêts en jeu. Les illégalités d'une sentence prononcée par une cour supérieure ne doivent pas échapper au contrôle exercé par voie d'*habeas corpus* lorsque l'acte de procédure de la cour fait lui-même état de l'erreur qui l'entache de nullité.

L'application actuelle de la condition de la sentence de l'appelante la rendant inadmissible à la libération conditionnelle pendant 25 ans porte atteinte à son droit résiduel à la liberté reconnu à l'art. 7 et cette atteinte n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Il est essentiel à tout système juridique qui reconnaît «la primauté du droit» qu'un inculpé soit jugé et puni en vertu du droit en vigueur au moment où l'infraction a été commise. Cela n'a pas été le cas en l'espèce et une comparaison des lois pertinentes indique qu'à première vue l'appelante a subi un préjudice en n'étant pas jugée ni condamnée selon le droit applicable. L'appelante a donc droit, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, à un jugement la déclarant admissible à la libération conditionnelle sans avoir à prouver qu'il était inévitable qu'elle ne soit condamnée qu'à une peine d'emprisonnement à perpétuité avec admissibilité à la libération conditionnelle après 10 ans. Cette Cour a reconnu le jugement déclaratoire comme une forme efficace et souple de règlement de véritables litiges. En outre, cette Cour, s'étant déclarée compétente *ratione materiae* et *ratione personae* dans le cas de ce pourvoi, formé contre le refus d'accorder un *habeas corpus*, peut exercer les larges pouvoirs discrétionnaires que lui confère le par. 24(1) de la *Charte* pour ordonner toute réparation qui relève de sa compétence et qu'elle estime convenable et juste eu égard aux circonstances. La Commission de libération conditionnelle demeure toutefois l'arbitre final pour ce qui est de décider si et quand elle doit obtenir une libération conditionnelle.

Le juge en chef Dickson et le juge Beetz (dissidents): La continuation de l'emprisonnement de l'appelante sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant d'avoir purgé 25 années de sa sentence ne peut être contestée en vertu de l'art. 7 sans appliquer rétroactivement la *Charte* soit au par. 27(2) de la *Loi de 1976 modifiant le droit pénal, n° 2*, qui a sanctionné l'application rétroactive des dispositions modifiées du *Code criminel* adoptées après la perpétration de l'infraction, soit

may apply to ongoing states of affairs and while the appellant's ongoing or continuing incarceration subject to extended parole ineligibility constitutes an ongoing deprivation of liberty within the meaning of s. 7, it has not been demonstrated that there was an ongoing violation of s. 7. The appellant's argument that there is an ongoing violation of s. 7 is totally dependent on the argument that the original conviction and sentence would not have survived *Charter* scrutiny if they had been pronounced when the *Charter* was in force. A current *Charter* violation cannot be based on past conditional *Charter* transgressions. It is only by virtue of asking whether the ongoing deprivation is contrary to a principle of fundamental justice that an ongoing violation of s. 7 may be found. However, the principle of fundamental justice invoked—that an accused person must be tried and punished under the law in force at the time of the offence—in essence requires this Court to evaluate a pre-*Charter* act—the conviction and sentence endorsed by s. 27(2)—according to *Charter* standards. This involves a retrospective application of the *Charter* in the same way that an attempt to apply s. 7 directly to a pre-*Charter* deprivation would involve retrospectivity.

Even if initially invalid or improper, appellant's conviction and sentence were statutorily endorsed by the s. 27(2) transitional provision. Section 27(2), in combination with s. 613 of the *Criminal Code*, validated the wrongful application of the new provisions to the appellant. This validating effect cured the illegality and it therefore ceased to flow forward in time and taint the ongoing post-*Charter* deprivation of liberty. Thus, the appellant's extended parole ineligibility cannot be challenged under s. 7 on the basis that there is an ongoing deprivation of liberty which was improper prior to the *Charter* and which continues to be improper after the *Charter*.

Cases Cited

By Wilson J.

Distinguished: *R. v. Milne*, [1987] 2 S.C.R. 512; referred to: *R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Morin v. National Special Handling Unit Review Committee*, [1985] 2 S.C.R. 662; *Dumas v. Leclerc Institute*,

à la déclaration de culpabilité et à la sentence validées par le par. 27(2). Bien que l'art. 7 puisse s'appliquer à des situations en cours et que la continuation actuelle de l'incarcération de l'appelante avec période d'inadmissibilité prolongée à la libération conditionnelle constitue une continuation de privation de liberté au sens de l'art. 7, il n'a pas été démontré qu'il y avait continuation d'une violation de l'art. 7. L'argument de l'appelante selon lequel il y a continuation d'une violation de l'art. 7 est totalement tributaire de l'argument portant que la déclaration de culpabilité et la sentence initiales n'auraient pas survécu à un examen fondé sur la *Charte* si elles avaient été prononcées après son entrée en vigueur. Une violation actuelle de la *Charte* ne peut être fondée sur des transgressions de la *Charte* qui se seraient produites dans le passé. On ne peut conclure à la continuation d'une violation de l'art. 7 qu'en se demandant si la continuation de l'atteinte en question est contraire à un principe de justice fondamentale. Toutefois, le principe de justice fondamentale invoqué, selon lequel une personne accusée doit être jugée et punie en vertu du droit en vigueur au moment de l'infraction, exige essentiellement de cette Cour qu'elle évalue un acte antérieur à la *Charte*, à savoir la déclaration de culpabilité et la sentence sanctionnées par le par. 27(2), en fonction de normes établies par la *Charte*. Cela suppose une application rétroactive de la *Charte* de la même façon que le ferait une tentative d'appliquer l'art. 7 directement à une atteinte antérieure à la *Charte*.

Même si elles étaient initialement invalides ou irrégulières, la déclaration de culpabilité et la sentence de l'appelante ont été sanctionnées par la disposition législative transitoire qu'est le par. 27(2). L'application erronée des nouvelles dispositions à l'appelante a été validée par l'effet conjugué du par. 27(2) et de l'art. 613 du *Code criminel*. Cette validation qui a résulté d'un remède à l'illégalité en l'interrompant et en empêchant qu'elle n'entache la privation de la liberté qui s'est poursuivie après l'entrée en vigueur de la *Charte*. Ainsi, l'inadmissibilité prolongée de l'appelante à la libération conditionnelle ne peut pas être contestée en vertu de l'art. 7 pour le motif qu'il y a continuation d'une privation de liberté qui était irrégulière antérieurement à la *Charte* et qui continue de l'être après l'entrée en vigueur de la *Charte*.

i Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

Distinction d'avec l'arrêt: *R. c. Milne*, [1987] 2 R.C.S. 512; **arrêts mentionnés:** *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613; *Cardinal c. Directeur de l'établissement de Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Morin c. Comité national chargé des cas d'unités spéciales de détention*, [1985] 2

- [1986] 2 S.C.R. 459; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Stevens*, [1988] 1 S.C.R. 1153; *R. v. James* (1986), 27 C.C.C. (3d) 1, aff'd [1988] 1 S.C.R. 669; *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Dickson and Corman* (1982), 3 C.C.C. (3d) 23; *Miller and Cockriell v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680; *R. v. Logan* (1986), 51 C.R. (3d) 326; *Mitchell v. Attorney General of Ontario* (1983), 35 C.R. (3d) 225; *R. v. Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233; *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *Re McDonald and The Queen* (1985), 21 C.C.C. (3d) 330; *R. v. Longtin* (1983), 5 C.C.C. (3d) 12; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Jack and Charlie v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 332; *R. v. Lucas*; *R. v. Neely* (1986), 27 C.C.C. (3d) 229; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Riel* (1885), 2 Man. L.R. 302; *Ex parte Stather* (1886), 25 N.B.R. 374; *R. v. Holmes*, [1932] 3 W.W.R. 76; *Laflamme v. Renaud* (1945), 84 C.C.C. 153; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *Sanders v. The Queen*, [1970] S.C.R. 109; *Antares Shipping Corp. v. The Ship "Capricorn"*, [1977] 2 S.C.R. 422; *Re Krakowski and The Queen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 188; *Re Anson and The Queen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 119; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536; *Re Trepanier* (1885), 12 S.C.R. 111; *Re Sproule* (1886), 12 S.C.R. 140; *Goldhar (No. 2) v. The Queen*, [1960] S.C.R. 431; *Morrison v. The Queen*, [1966] S.C.R. 356; *Karchesky v. The Queen*, [1967] S.C.R. 547; *Korponay v. Kulik*, [1980] 2 S.C.R. 265; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *Ex parte Risby* (1975), 24 C.C.C. (2d) 211; *Re Arrigo and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 77; *Re Cadeddu and The Queen* (1982), 4 C.C.C. (3d) 97; *Swan v. Attorney General of British Columbia* (1983), 35 C.R. (3d) 135; *Lussa v. Health Science Centre* (1983), 9 C.R.R. 350; *MacAllister v. Director of Centre de Reception* (1984), 40 C.R. (3d) 121; *Re Marshall and The Queen* (1984), 13 C.C.C. (3d) 73; *Re Jenkins* (1984), 8 C.R.R. 142; *Jollimore v. Attorney-General of Nova Scotia* (1986), 24 C.R.R. 28; *Balian v. Regional Transfer Board* (1988), 62 C.R. (3d) 258; *Re Hass and The Queen* (1978), 40 C.C.C. (2d) 202; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Masella v. Langlais*, [1955] S.C.R. 263; *Preiser v. Rodriguez*, 411 U.S. 475 (1973); *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *Jones v. Cunningham*, 371 U.S. 236 (1962); *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246; *R. v. Gamble and Nichols* (1978), 40 C.C.C. (2d) 415.
- R.C.S. 662; *Dumas c. Centre de détention Leclerc*, [1986] 2 R.C.S. 459; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153; *R. v. James* (1986), 27 C.C.C. (3d) 1, conf. [1988] 1 R.C.S. 669; *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Dickson and Corman* (1982), 3 C.C.C. (3d) 23; *Miller et Cockriell c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; *R. v. Logan* (1986), 51 C.R. (3d) 326; *Mitchell v. Attorney General of Ontario* (1983), 35 C.R. (3d) 225; *R. v. Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233; *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *Re McDonald and The Queen* (1985), 21 C.C.C. (3d) 330; *R. v. Longtin* (1983), 5 C.C.C. (3d) 12; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Jack et Charlie c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 332; *R. v. Lucas*; *R. v. Neely* (1986), 27 C.C.C. (3d) 229; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. v. Riel* (1885), 2 Man. L.R. 302; *Ex parte Stather* (1886), 25 N.B.R. 374; *R. v. Holmes*, [1932] 3 W.W.R. 76; *Laflamme v. Renaud* (1945), 84 C.C.C. 153; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *Sanders c. La Reine*, [1970] R.C.S. 109; *Antares Shipping Corp. c. Le navire «Capricorn»*, [1977] 2 R.C.S. 422; *Re Krakowski and The Queen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 188; *Re Anson and The Queen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 119; *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536; *Re Trepanier* (1885), 12 R.C.S. 111; *Re Sproule* (1886), 12 R.C.S. 140; *Goldhar (No. 2) v. The Queen*, [1960] R.C.S. 431; *Morrison v. The Queen*, [1966] R.C.S. 356; *Karchesky v. The Queen*, [1967] R.C.S. 547; *Korponay c. Kulik*, [1980] 2 R.C.S. 265; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *Ex parte Risby* (1975), 24 C.C.C. (2d) 211; *Re Arrigo and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 77; *Re Cadeddu and The Queen* (1982), 4 C.C.C. (3d) 97; *Swan v. Attorney General of British Columbia* (1983), 35 C.R. (3d) 135; *Lussa v. Health Science Centre* (1983), 9 C.R.R. 350; *MacAllister v. Director of Centre de Reception* (1984), 40 C.R. (3d) 121; *Re Marshall and The Queen* (1984), 13 C.C.C. (3d) 73; *Re Jenkins* (1984), 8 C.R.R. 142; *Jollimore v. Attorney-General of Nova Scotia* (1986), 24 C.R.R. 28; *Balian v. Regional Transfer Board* (1988), 62 C.R. (3d) 258; *Re Hass and The Queen* (1978), 40 C.C.C. (2d) 202; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Masella v. Langlais*, [1955] R.C.S. 263; *Preiser v. Rodriguez*, 411 U.S. 475 (1973); *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Jones v. Cunningham*, 371 U.S. 236 (1962); *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246; *R. v. Gamble and Nichols* (1978), 40 C.C.C. (2d) 415.

By Dickson C.J. (dissenting)

R. v. Milne, [1987] 2 S.C.R. 512; *R. v. Stevens*, [1988] 1 S.C.R. 1153; *R. v. James* (1986), 27 C.C.C. (3d) 1, aff'd [1988] 1 S.C.R. 669; *Mitchell v. Attorney*

Citée par le juge en chef Dickson (dissentant)

R. c. Milne, [1987] 2 R.C.S. 512; *R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153; *R. v. James* (1986), 27 C.C.C. (3d) 1, conf. [1988] 1 R.C.S. 669; *Mitchell v. Attorney*

General of Ontario (1983), 35 C.R. (3d) 225; *R. v. Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233; *R. v. Gamble and Nichols* (1978), 40 C.C.C. (2d) 415.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), 7, 9, 11(b), (i), 12, 15, 24(1).

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 21, 214 [am. R.S.C. 1970, c. C-35, s. 4(1)(a); rep. & subs. 1973-74, c. 38, ss. 2, 10, 11; rep. & subs. 1974-75-76, c. 105, s. 4], 218 [am. 1973-74, c. 38, s. 3; rep. & subs. 1974-75-76, c. 105, ss. 5, 28], 669 [rep. & subs. 1974-75-76, c. 105, s. 21], 603(1)(b), 613 [am. 1974-75-76, c. 93, s. 75], 710.

Criminal Law Amendment (Capital Punishment) Act, S.C. 1973-74, c. 38, ss. 2, 3.

Criminal Law Amendment Act (No. 2), 1976, S.C. 1974-75-76, c. 105, ss. 4, 5, 21, 27, 28.

Authors Cited

Black, William. "Charter of Rights—Application to Pre-Enactment Events", (1982) *U.B.C. L. Rev. (Charter Ed.)* 59.

Canada. Canadian Sentencing Commission. *Sentencing Reform: A Canadian Approach*. Ottawa: The Commission, 1987.

Harvey, D. A. Cameron. *The Law of Habeas Corpus in Canada*. Toronto: Butterworths, 1974.

Létourneau, Gilles. *The Prerogative Writs in Canadian Criminal Law and Procedure*. Toronto: Butterworths, 1976.

Sharpe, Robert J. *The Law of Habeas Corpus*. Oxford: Clarendon Press, 1976.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1987), 3 W.C.B. (2d) 88, affirming a judgment of Watt J. (1986), 17 W.C.B. 188, dismissing appellant's application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid. Appeal allowed, Dickson C.J. and Beetz J. dissenting.

Colin K. Irving, Allan Manson and Franklin S. Gertler, for the appellant.

Ivan Whitehall, Q.C., and *Ron Fainstein, Q.C.*, for the respondent.

Manfred DeLong, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Jeff Casey, for the intervener the Attorney General for Ontario.

General of Ontario (1983), 35 C.R. (3d) 225; *R. v. Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233; *R. v. Gamble and Nichols* (1978), 40 C.C.C. (2d) 415.

Lois et règlements cités

a *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2a), 7, 9, 11b), i), 12, 15, 24(1).

b *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 21, 214 [mod. S.R.C. 1970, chap. C-35, art. 4(1)a); abr. & rempl. 1973-74, chap. 38, art. 2, 10, 11; abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 105, art. 4], 218 [mod. 1973-74, chap. 38, art. 3; abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 105, art. 5, 28], 669 [abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 105, art. 21], 603(1)b), 613 [mod. 1974-75-76, chap. 93, art. 75], 710.

c *Loi de 1976 modifiant le droit pénal, n° 2*, S.C. 1974-75-76, chap. 105, art. 4, 5, 21, 27, 28.

Loi modifiant le droit pénal (peine capitale), S.C. 1973-74, chap. 38, art. 2, 3.

d Doctrine citée

Black, William. «Charter of Rights—Application to Pre-Enactment Events», (1982) *U.B.C. L. Rev. (Charter Ed.)* 59.

e Canada. Commission canadienne sur la détermination de la peine. *Sentencing Reform: A Canadian Approach*. Ottawa: La Commission, 1987.

Harvey, D. A. Cameron. *The Law of Habeas Corpus in Canada*. Toronto: Butterworths, 1974.

f Létourneau, Gilles. *The Prerogative Writs in Canadian Criminal Law and Procedure*. Toronto: Butterworths, 1976.

Sharpe, Robert J. *The Law of Habeas Corpus*. Oxford: Clarendon Press, 1976.

g POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1987), 3 W.C.B. (2d) 88, qui a confirmé le jugement du juge Watt (1986), 17 W.C.B. 188, qui avait rejeté la demande d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire de l'appelante. *h* Pourvoi accueilli, le juge en chef Dickson et le juge Beetz sont dissidents.

Colin K. Irving, Allan Manson et Franklin S. Gertler, pour l'appelante.

Ivan Whitehall, c.r., et *Ron Fainstein, c.r.*, pour l'intimée.

Manfred DeLong, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Jeff Casey, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

The reasons of Dickson C.J. and Beetz J. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting)—I have read the reasons of Justice Wilson, but, with considerable regret, have concluded that I cannot concur. Wilson J. takes the view that the appellant, Ms. Gamble, is suffering a continuing deprivation of liberty in the form of extended parole ineligibility which is contrary to the principle of fundamental justice that an accused person must be tried and punished under the law in force at the time an offence is committed. Consequently, Wilson J. finds that the appellant is suffering an ongoing violation of her rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which is not saved by s. 1 of the *Charter*. I respectfully disagree with this conclusion as, in my view, the application of s. 7 on the facts of this case involves a retrospective application of the *Charter*.

I am grateful to Wilson J. for her discussion of the facts and résumé of the lower court judgments and I adopt such discussion and résumé.

I

Statutory Provisions

For ease of reference, I shall reproduce the pertinent statutory provisions which also appear in the reasons of Wilson J. and briefly place them in context. At the time the appellant committed the offence (March 12, 1976) for which she is now incarcerated, s. 214 (the old s. 214) and s. 218 (the old s. 218) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (as amended by S.C. 1973-74, c. 38, ss. 2 and 3) were in force:

214. (1) Murder is punishable by death or is punishable by imprisonment for life.

(2) Murder is punishable by death, in respect of any person, where such person by his own act caused or assisted in causing the death of

(a) a police officer, police constable, constable, sheriff, deputy sheriff, sheriff's officer or other person employed for the preservation and maintenance of the public peace, acting in the course of his duties, or

Version française des motifs du juge en chef Dickson et du juge Beetz rendus par

LE JUGE EN CHEF (dissident)—J'ai lu les motifs de jugement du juge Wilson mais, avec regrets, je ne puis y souscrire. Le juge Wilson adopte le point de vue que l'appelante, M^{me} Gamble, est victime d'une continuation de privation de sa liberté sous la forme d'une période d'inadmissibilité prolongée à la libération conditionnelle contraire au principe de justice fondamentale portant qu'une personne accusée doit être jugée et punie en vertu du droit en vigueur au moment où l'infraction a été commise. En conséquence, le juge Wilson conclut que l'appelante est victime d'une violation continue des droits que lui garantit l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui n'est pas sauvegardée par l'article premier de la *Charte*. En toute déférence, je suis en désaccord avec cette conclusion puisque, à mon avis, l'application de l'art. 7 aux faits de l'espèce suppose une application rétroactive de la *Charte*.

Je sais gré au juge Wilson d'avoir analysé les faits et résumé les jugements des tribunaux d'instance inférieure, et j'adopte cette analyse et ce résumé.

I

Les dispositions législatives

Pour faciliter la consultation, je reproduirai, en les situant brièvement dans leur contexte, les dispositions législatives pertinentes figurant déjà dans les motifs du juge Wilson. Au moment où l'appelante a commis l'infraction (le 12 mars 1976) pour laquelle elle est maintenant incarcérée, l'art. 214 (l'ancien art. 214) et l'art. 218 (l'ancien art. 218) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34 (modifié par S.C. 1973-74, chap. 38, art. 2 et 3), étaient en vigueur:

214. (1) Le meurtre est punissable de mort ou est punissable d'emprisonnement à perpétuité.

(2) Le meurtre est punissable de mort, à l'égard de toute personne, lorsque cette personne, par son propre fait, a causé ou aidé à causer la mort

a) d'un officier de police, d'un agent de police, d'un constable, d'un shérif, d'un shérif adjoint, d'un officier de shérif ou d'une autre personne employée à la préservation et au maintien de la paix publique, agissant dans l'exercice de ses fonctions, ou

(b) a warden, deputy warden, instructor, keeper, gaoler, guard or other officer or permanent employee of a prison, acting in the course of his duties,

or counselled or procured another person to do any act causing or assisting in causing the death.

(3) All murder other than murder punishable by death is punishable by imprisonment for life.

218. (1) Every one who commits murder punishable by death is guilty of an indictable offence and shall be sentenced to death.

(2) Every one who commits murder punishable by imprisonment for life is guilty of an indictable offence and shall be sentenced to imprisonment for life.

(5) Notwithstanding anything in the *Parole Act* and unless the Parliament of Canada otherwise directs, no person

(a) upon whom a sentence of imprisonment for life in respect of murder has been imposed after the coming into force of this subsection,

(c) in respect of whom a sentence of death in respect of murder has been commuted after the coming into force of this section to imprisonment for life, shall be released pursuant to the terms of a grant of parole under the *Parole Act* unless

(d) at least ten years of that sentence calculated in the manner described in subsection (7) have been served, and

(e) the National Parole Board, by a vote of at least two-thirds of its members, has made a decision that parole under that Act be granted to that person.

(6) Notwithstanding paragraph (5)(d), the judge presiding at the trial of an accused who is or was convicted of murder or, where such judge is unable to do so, another judge of the same court may

(a) at the time of sentencing of the accused, in a case referred to in paragraph (5)(a), or

(b) at any time on application made to him within a reasonable time after

(i) the coming into force of this section, in a case referred to in paragraph (5)(b), or

(ii) the execution of an instrument or writing mentioned in subsection 684(2) declaring that a sen-

b) d'un directeur, d'un sous-directeur, d'un instructeur, d'un gardien, d'un geôlier, d'un garde ou d'un autre fonctionnaire ou employé permanent d'une prison, agissant dans l'exercice de ses fonctions,

a ou a conseillé à une autre personne de commettre un acte quelconque qui cause ou aide à causer la mort, ou a incité cette autre personne à commettre un tel acte.

(3) Tout meurtre autre qu'un meurtre punissable de mort est punissable d'emprisonnement à perpétuité.

218. (1) Quiconque commet un meurtre punissable de mort est coupable d'un acte criminel et doit être condamné à mort.

(2) Quiconque commet un meurtre punissable d'emprisonnement à perpétuité est coupable d'un acte criminel et doit être condamné à l'emprisonnement à perpétuité.

(5) Nonobstant toute disposition de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* et à moins que le Parlement du Canada n'ordonne le contraire, nulle personne

a) à qui une sentence d'emprisonnement à perpétuité pour meurtre a été imposée après l'entrée en vigueur du présent paragraphe,

c) relativement à laquelle une sentence de mort pour meurtre a été commuée, après l'entrée en vigueur du présent article, en un emprisonnement à perpétuité,

ne doit être remise en liberté en vertu de l'octroi d'une libération conditionnelle aux termes de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, à moins

d) qu'elle n'ait purgé au moins dix années de cette sentence, calculées de la manière indiquée au paragraphe (7), et

e) que la Commission nationale des libérations conditionnelles n'ait décidé, par un vote d'au moins les deux tiers de ses membres, d'accorder à cette personne la libération conditionnelle visée par cette loi.

(6) Nonobstant l'alinéa (5)d), le juge qui préside le procès d'un accusé qui est ou a été déclaré coupable de meurtre, ou, lorsque ce juge est incapable de ce faire, un autre juge du même tribunal peut,

a) au moment de prononcer la sentence de l'accusé, s'il s'agit d'un cas visé à l'alinéa (5)a), ou

b) à tout moment, sur demande, pourvu que cette demande lui soit présentée dans un délai raisonnable

(i) après l'entrée en vigueur du présent article, s'il s'agit d'un cas visé à l'alinéa (5)b), ou

(ii) après la signature d'un instrument ou d'un écrit mentionné au paragraphe 684(2), déclarant qu'une

tence of death has been commuted, in a case referred to in paragraph (5)(c),

having regard to the character of the accused, the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission, and to any recommendation made pursuant to subsection (8), by order substitute for the number of years specified in paragraph (5)(d) a number of years that is not more than twenty but more than ten.

Instead of being prosecuted and sentenced under these provisions, the appellant was indicted and convicted under an amended s. 214 of the *Criminal Code* (the new s. 214) which was proclaimed in force on July 26, 1976, *Criminal Law Amendment Act (No. 2), 1976*, S.C. 1974-75-76, c. 105:

214. (1) Murder is first degree murder or second degree murder.

(2) Murder is first degree murder when it is planned and deliberate.

(4) Irrespective of whether a murder is planned and deliberate on the part of any person, murder is first degree murder when the victim is

(a) a police officer, police constable, constable, sheriff, deputy sheriff, sheriff's officer or other person employed for the preservation and maintenance of the public peace, acting in the course of his duties;

(b) a warden, deputy warden, instructor, keeper, gaoler, guard or other officer or permanent employee of a prison, acting in the course of his duties; or

(c) a person working in a prison with the permission of prison authorities and acting in the course of his work therein.

The appellant was sentenced under the new ss. 218 and 669 of the *Criminal Code* which were enacted and proclaimed into force as part of the same 1976 amendments:

218. (1) Every one who commits first degree murder or second degree murder is guilty of an indictable offence and shall be sentenced to imprisonment for life.

669. The sentence to be pronounced against a person who is to be sentenced to imprisonment for life shall be,

(a) in respect of a person who has been convicted of high treason or first degree murder, that he be sentenced to imprisonment for life without eligibility for parole until he has served twenty-five years of his sentence;

sentence de mort a été commuée, s'il s'agit d'un cas visé à l'alinéa (5)(c),

compte tenu du caractère de l'accusé, de la nature de l'infraction et des circonstances qui ont entouré sa perpétration ainsi que toute recommandation faite en application du paragraphe (8) remplacer par ordonnance le nombre d'années spécifié à l'alinéa (5)(d) par un nombre d'années supérieur à dix mais ne dépassant pas vingt.

b Au lieu d'être poursuivie et condamnée sous le régime de ces dispositions, l'appelante a été accusée et reconnue coupable conformément à l'art. 214 du *Code criminel* dans sa version modifiée (le nouvel art. 214), qui a été proclamé en vigueur le 26 juillet 1976, *Loi de 1976 modifiant le droit pénal, n° 2*, S.C. 1974-75-76, chap. 105:

214. (1) Il existe deux catégories de meurtres: ceux du premier degré et ceux du deuxième degré.

d (2) Le meurtre au premier degré est le meurtre commis avec préméditation.

(4) Est assimilé au meurtre au premier degré, le meurtre, dans l'exercice de ses fonctions,

e (a) d'un officier ou d'un agent de police, d'un constable, d'un shérif, d'un shérif adjoint, d'un officier de shérif ou d'une autre personne employée à la préservation et au maintien de la paix publique;

f (b) d'un directeur, d'un sous-directeur, d'un instructeur, d'un gardien, d'un geôlier, d'un garde ou d'un autre fonctionnaire ou employé permanent d'une prison;

g (c) d'une personne travaillant dans une prison avec la permission des autorités de la prison.

La sentence de l'appelante lui a été imposée en vertu des nouveaux art. 218 et 669 du *Code criminel*, qui avaient été édictés et proclamés en vigueur par ces mêmes dispositions modificatrices de 1976:

h **218.** (1) Quiconque commet un meurtre au premier degré ou un meurtre au deuxième degré est coupable d'un acte criminel et doit être condamné à l'emprisonnement à perpétuité.

i **669.** Le bénéfice de la libération conditionnelle est subordonné, en cas de condamnation à l'emprisonnement à perpétuité

j (a) pour haute trahison ou meurtre au premier degré, à l'accomplissement d'au moins vingt-cinq ans de la peine;

(b) in respect of a person who has been convicted of second degree murder, that he be sentenced to imprisonment for life without eligibility for parole until he has served at least ten years of his sentence or such greater number of years, not being more than twenty-five years, as has been substituted therefor pursuant to section 671;

As the appellant was convicted of first degree murder under the new s. 214, she was sentenced to life imprisonment under the new s. 669(a) with no eligibility for parole for 25 years. If the appellant had been found guilty of murder punishable by life imprisonment, as opposed to murder punishable by death, under the old s. 214, she would have been ineligible for parole for not more than 20 but also not less than 10 years pursuant to the old s. 218. It is this difference in parole ineligibility which forms the basis for the appellant's s. 7 claim.

On appeal of her conviction to the Alberta Court of Appeal, that Court found that the appellant had been tried under the wrong law: *R. v. Gamble and Nichols* (1978), 40 C.C.C. (2d) 415. The old, not new, *Criminal Code* provisions should have been applied as the new provisions were not in force at the time of the offence. The Alberta Court of Appeal would have directed a new trial if it had not been for the transitional s. 27(2) of the *Criminal Law Amendment Act (No. 2), 1976*:

27. (1) ...

(2) Where proceedings in respect of any offence of treason, piracy or murder, whether punishable by death or not, were commenced before the coming into force of this Act, and a new trial of a person for the offence has been ordered and the new trial is commenced after the coming into force of this Act, the new trial shall be commenced by the preferring of a new indictment before the court before which the accused is to be tried, and

b) pour meurtre au deuxième degré, à l'accomplissement d'au moins dix ans de la peine, délai que le juge peut porter à au plus vingt-cinq ans en vertu de l'article 671;

b L'appelante ayant été déclarée coupable de meurtre au premier degré en vertu du nouvel art. 214, elle a été condamnée à l'emprisonnement à perpétuité sous le régime du nouvel al. 669a), sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant d'avoir purgé 25 années de sa sentence. Si l'appelante avait été reconnue coupable d'un meurtre punissable d'emprisonnement à perpétuité, par opposition au meurtre punissable de mort sous le régime de l'ancien art. 214, sa période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle aurait pu être d'au plus 20 ans mais aussi d'au moins 10 ans conformément à l'ancien art. 218. C'est cette différence dans le délai d'inadmissibilité à la libération conditionnelle qui constitue le fondement de la demande adressée par l'appelante en vertu de l'art. 7.

f Suite à l'appel interjeté par l'appelante contre sa déclaration de culpabilité, la Cour d'appel de l'Alberta a statué que l'appelante avait été jugée en vertu de la mauvaise loi: *R. v. Gamble and Nichols* (1978), 40 C.C.C. (2d) 415. Ce sont les anciennes dispositions du *Code criminel*, et non pas les nouvelles, qui auraient dû être appliquées puisque ces dernières n'étaient pas en vigueur au moment où l'infraction a été commise. La Cour d'appel de l'Alberta aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès n'eût été de la disposition transitoire édictée au par. 27(2) de la *Loi de 1976 modifiant le droit pénal n° 2*:

27. (1) ...

i (2) Tout nouveau procès ordonné pour trahison, piraterie ou meurtre, punissable ou non de mort, à la suite d'un procès ou autres procédures intentés avant l'entrée en vigueur de la présente loi mais qui cependant a lieu après celle-ci doit commencer par la présentation d'un nouvel acte d'accusation au tribunal par lequel l'accusé

thereafter the offence shall be dealt with, inquired into, tried and determined, and any punishment in respect of the offence shall be imposed as if it had been committed after the coming into force of this Act.

Because this draconian provision would have resulted in the new s. 214 being applied once again if a new trial were ordered, the Court felt it had no recourse but to find that no substantial wrong or miscarriage of justice had occurred.

The appellant applied for leave to appeal to this Court but her application was dismissed on October 3, 1978, [1978] 2 S.C.R. vii.

II

The Issue

In my view, the central issue is whether the appellant's continued incarceration with no parole eligibility for 25 years may be challenged under s. 7 without retrospectively applying the *Charter* either to s. 27(2), the provision which endorsed the retrospective application of the amended provisions of the *Criminal Code* enacted after the commission of the offence, or to the conviction and sentence which s. 27(2) validated. This Court, in *R. v. Milne*, [1987] 2 S.C.R. 512, at pp. 527-28, left open the possibility that the execution or the carrying out of a sentence (which may also be referred to in this context as the punishment) can be reviewed under the *Charter* without applying the *Charter* to the original pronouncement of the sentence. The appellant's s. 7 claim in this case is that the present application of the extended parole ineligibility aspects of her original sentence constitutes an ongoing or continuing deprivation of liberty contrary to principles of fundamental justice.

III

Retrospectivity

I agree with Wilson J. that in order to determine whether the *Charter* is applicable law, a court must ask whether the *Charter* is in force at the

doit être jugé et se poursuivre comme si l'infraction avait été commise après cette entrée en vigueur.

^a Comme cette disposition draconienne aurait eu pour effet de faire appliquer encore une fois le nouvel art. 214 si la tenue d'un nouveau procès avait été ordonnée, la Cour d'appel a considéré qu'elle n'avait d'autre choix que de conclure qu'aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave n'avaient été commis.

^c L'appelante a demandé l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour, mais sa requête a été rejetée le 3 octobre 1978, [1978] 2 R.C.S. vii.

II

La question en litige

^d À mon avis, la question capitale en l'espèce est de savoir si la continuation de l'emprisonnement de l'appelante sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant d'avoir purgé 25 années de sa sentence peut être contestée en vertu de l'art. 7 sans appliquer rétroactivement la *Charte* soit au par. 27(2), qui a sanctionné l'application rétroactive des dispositions modifiées du *Code criminel* adoptées après la perpétration de l'infraction, soit à la déclaration de culpabilité et à la sentence validées par le par. 27(2). Cette Cour, dans l'arrêt *R. c. Milne*, [1987] 2 R.C.S. 512, aux pp. 527 et 528, a laissé ouverte la possibilité que l'exécution d'une sentence (qui peut également être désignée comme la peine dans le présent contexte) soit examinée sous le régime de la *Charte* sans appliquer la *Charte* au prononcé original de la sentence. Suivant la demande que l'appelante a adressée ici en vertu de l'art. 7, la période d'inadmissibilité prolongée à la libération conditionnelle, dont est assortie sa sentence initiale, représente une continuation de privation de sa liberté contraire aux principes de justice fondamentale.

III

La rétroactivité

^j Je conviens avec le juge Wilson que pour déterminer si la *Charte* est applicable, un tribunal doit se demander si la *Charte* était en vigueur au

time at which the act or event which is alleged to infringe the *Charter* took place or had its effect. As this Court recently stated in *R. v. Stevens*, [1988] 1 S.C.R. 1153, at p. 1158, the following formulations of Tarnopolsky J.A. in *R. v. James* (1986), 27 C.C.C. (3d) 1, at pp. 21 and 25, aff'd [1988] 1 S.C.R. 669, are correct:

[O]ne applies the law in force at the time when the act that is alleged to be in contravention of a Charter right or freedom occurs . . . [I]t is important that actions be determined by the law, including the Constitution, in effect at the time of the action.

However, this general statement does not yield a ready answer in every case as one still has to fix in time the relevant act. As demonstrated by the different conclusions of the majority and minority in *Stevens*, *supra*, this is not necessarily a straightforward task. In *Stevens*, the central disagreement was this: do the words "whether or not he believes that she is fourteen years of age or more" in s. 146(1) of the *Criminal Code* take effect for the purposes of s. 7 analysis at the time the alleged offence was committed or at the time of the trial? Section 146(1) prohibits a male from having sexual intercourse with a female person under 14 years of age who was not also the male's wife.

Wilson J. (Lamer and L'Heureux-Dubé JJ. concurring), for the minority, took the view that the relevant act was the denial of a mistake of fact defence at the time of the trial which had taken place after the *Charter* had entered into force. It followed, in Wilson J.'s view, that the post-*Charter* trial for a pre-*Charter* commission of the s. 146(1) offence violated s. 7 of the *Charter* as it was contrary to principles of fundamental justice to convict and imprison someone, thereby depriving them of liberty, without proof of *mens rea* but instead on the basis of proof of the *actus reus* alone.

moment où l'acte ou l'événement qui l'aurait enfreinte a eu lieu ou a produit son effet. Comme cette Cour l'a récemment déclaré dans l'arrêt *R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153, à la p. 1158, l'énoncé suivant du juge Tarnopolsky de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. James* (1986), 27 C.C.C. (3d) 1, aux pp. 21 et 25, conf. [1988] 1 R.C.S. 669, est exact:

[TRADUCTION] [O]n applique la loi en vigueur au moment de l'acte qu'on allègue être en contravention avec un droit ou une liberté garantis par la *Charte* . . . [I]l est important de juger des actions au regard de la loi, y compris la Constitution, en vigueur au moment où elles ont lieu.

Cet énoncé général ne permet toutefois pas de solutionner immédiatement chacun des cas pouvant se présenter: encore reste-t-il à situer l'acte pertinent dans le temps. Comme le démontrent les diverses conclusions des juges formant la majorité et de ceux formant la minorité dans l'arrêt *Stevens*, précité, cette détermination n'est pas nécessairement une tâche simple. Dans l'arrêt *Stevens*, le principal point de désaccord portait sur la question suivante: les mots «que cette personne du sexe masculin la croie ou non âgée de quatorze ans ou plus», figurant au par. 146(1) du *Code criminel* prenaient-ils effet, pour les fins de l'analyse fondée sur l'art. 7, au moment où l'infraction alléguée a été commise ou au moment du procès? Le paragraphe 146(1) interdit à toute personne du sexe masculin d'avoir des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin qui a moins de 14 ans si celle-ci n'est pas son épouse.

Le juge Wilson (aux motifs duquel ont souscrit les juges Lamer et L'Heureux-Dubé), s'exprimant au nom de la Cour à la minorité, a adopté le point de vue selon lequel l'acte pertinent était la négation d'une défense fondée sur l'erreur de fait au moment du procès qui avait eu lieu après l'entrée en vigueur de la *Charte*. Il s'ensuivait, selon le juge Wilson, que le procès tenu après l'entrée en vigueur de la *Charte* relativement à l'infraction au par. 146(1), commise avant cette entrée en vigueur, violait l'art. 7 de la *Charte*, étant donné qu'il était contraire aux principes de justice fondamentale de déclarer une personne coupable et de l'emprisonner, la privant ainsi de sa liberté, après avoir fait la preuve non pas de la *mens rea*, mais de l'*actus reus* seulement.

The majority of this Court disagreed. Le Dain J. (Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, and La Forest JJ. concurring) held that the impugned section of s. 146(1) constituted one of the mental elements of the offence, and therefore took effect at the time of the commission of the offence. Because the offence took place prior to the *Charter*, the *Charter* could not be used to challenge the fact that the above-quoted words denied the accused the possibility of a mistake of fact defence. Le Dain J. concluded with the following statement at p. 1159:

The liability imposed by law would ordinarily be established at trial in a particular case in accordance with the relevant substantive law, including any applicable constitutional provisions, as it existed at the time the offence was committed. It would give a retrospective application to s. 7 of the *Charter* to apply it to s. 146(1) of the *Code* merely because the liability imposed by s. 146(1) continued after the *Charter* came into force. It would be to change the applicable substantive law with retrospective effect.

The question in this appeal is whether the appellant's s. 7 claim similarly amounts to a retrospective application of the *Charter*. For ease of reference, I reproduce s. 7 below:

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.

In identifying the relevant act, Wilson J. in the case at bar focusses on the present deprivation of the appellant's liberty. I agree with her that s. 7 may apply to ongoing states of affairs and that the appellant's ongoing or continuing incarceration subject to extended parole ineligibility constitutes an ongoing deprivation of liberty within the meaning of s. 7. However, it is necessary to show more than an ongoing deprivation of liberty; it must also be shown that there is an ongoing violation of s. 7.

The appellant's argument that there is an ongoing violation of s. 7 (or, put another way, that the ongoing deprivation is fundamentally unjust) is totally dependent on the argument that the origi-

Cette Cour à la majorité n'a pas partagé cette opinion. Le juge Le Dain (aux motifs duquel ont souscrit le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre et La Forest) a conclu que la disposition contestée du par. 146(1) établissait un élément moral de l'infraction et prenait donc effet au moment de sa perpétration. L'infraction ayant été commise avant l'entrée en vigueur de la *Charte*, cette dernière ne pouvait être utilisée pour contester le fait que les mots précités niaient à l'accusé la possibilité de présenter une défense fondée sur l'erreur de fait. Le juge Le Dain conclut en affirmant ceci, à la p. 1159:

La responsabilité imposée par la loi s'établit d'ordinaire au procès dans un cas donné, conformément aux règles de fond pertinentes, y compris toute disposition constitutionnelle applicable existant au moment où l'infraction est commise. Ce serait donner une application rétroactive à l'art. 7 de la *Charte* que de l'appliquer au par. 146(1) du *Code* simplement parce que la responsabilité imposée par le par. 146(1) demeurerait après l'entrée en vigueur de la *Charte*. Cela modifierait les règles de fond applicables en leur donnant un effet rétroactif.

La question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si la demande de l'appelante fondée sur l'art. 7 revient de la même manière à appliquer rétroactivement la *Charte*. Pour faciliter la consultation, je cite l'art. 7:

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.

En déterminant quel est l'acte pertinent en l'espèce, le juge Wilson met l'accent sur la privation actuelle de liberté de l'appelante. Je suis d'accord avec elle pour dire que l'art. 7 peut s'appliquer à des situations en cours et que la continuation actuelle de l'incarcération de l'appelante avec période d'inadmissibilité prolongée à la libération conditionnelle constitue une continuation de privation de liberté au sens de l'art. 7. Toutefois, la preuve de la continuation d'une privation de liberté n'est pas suffisante: il faut également démontrer qu'il y a une continuation d'une violation de l'art. 7.

L'argument de l'appelante selon lequel il y a continuation d'une violation de l'art. 7 (ou, en d'autres termes, que la continuation de la privation de liberté est fondamentalement injuste) est totale-

nal conviction and sentence would not have survived *Charter* scrutiny if they had been pronounced when the *Charter* was in force. A current *Charter* violation cannot be based on past conditional *Charter* transgressions. It is only by virtue of asking whether the ongoing deprivation is contrary to a principle of fundamental justice that an ongoing violation of s. 7 may be found. However, the principle of fundamental justice invoked by Wilson J. (that an accused person must be tried and punished under the law in force at the time an offence is committed) in essence requires this Court to evaluate a pre-*Charter* act (here, the conviction and sentence endorsed by s. 27(2)) according to *Charter* standards. In my view, this involves a retrospective application of the *Charter* in the same way that an attempt to apply s. 7 directly to a pre-*Charter* deprivation would involve retrospectivity.

It is clear that *Stevens* does not directly govern the present case given the focus in *Stevens* on a statutory provision not at issue here and, more importantly, given the fact that Ms. Gamble's liability to imprisonment was not determined by the relevant substantive laws at the time of the offence. Wilson J. has placed considerable emphasis on this aspect of the s. 7 claim in order to point out that it cannot be said that the appellant is attempting to challenge the applicable substantive law at the time at which she committed the offence. Reliance is placed on the following statement by La Forest J. for the majority in *Milne*, *supra*, at p. 526:

[L]ike any other person who is properly convicted and sentenced, he must otherwise serve his sentence according to its tenor.

Wilson J. contends that, since the wrong substantive law was applied to the appellant, she was not "properly" convicted and sentenced. This, it would seem, provides the basis for the principle of funda-

ment tributaire de l'argument portant que la déclaration de culpabilité et la sentence initiales n'auraient pas survécu à un examen fondé sur la *Charte* si elles avaient été prononcées après son entrée en vigueur. Une violation actuelle de la *Charte* ne peut être fondée sur des transgressions de la *Charte* qui se seraient produites dans le passé. On ne peut conclure à la continuation d'une violation de l'art. 7 qu'en se demandant si la continuation de l'atteinte en question est contraire à un principe de justice fondamentale. Toutefois, le principe de justice fondamentale invoqué par le juge Wilson (selon lequel une personne accusée doit être jugée et punie en vertu du droit en vigueur au moment de la perpétration de l'infraction) exige essentiellement de cette Cour qu'elle évalue un acte antérieur à la *Charte* (en l'espèce, la déclaration de culpabilité et la sentence sanctionnées par le par. 27(2)) en fonction de normes établies par la *Charte*. À mon avis, cela suppose une application rétroactive de la *Charte* de la même façon que le ferait une tentative d'appliquer l'art. 7 directement à une atteinte antérieure à la *Charte*.

Il est évident que l'arrêt *Stevens* ne s'applique pas directement à la présente affaire puisque la disposition législative visée dans cet arrêt n'est pas en cause en l'espèce et, qui plus est, étant donné que la peine d'emprisonnement dont était passible M^{me} Gamble n'a pas été déterminée en fonction des règles de fond applicables au moment de l'infraction. Le juge Wilson a insisté énormément sur cet aspect de la demande fondée sur l'art. 7 afin de bien faire ressortir qu'on ne peut pas dire de l'appelante qu'elle tente de contester les règles de fond qui étaient applicables à l'époque où elle a commis l'infraction. Elle invoque l'énoncé suivant du juge La Forest qui s'exprime au nom de la Cour à la majorité dans l'arrêt *Milne*, précité, à la p. 526:

[C]omme toute autre personne qui est régulièrement déclarée coupable et condamnée, il doit par ailleurs purger intégralement sa peine.

Le juge Wilson prétend que l'appelante, à qui on a appliqué les mauvaises règles de fond, n'a pas été «régulièrement» reconnue coupable et condamnée. Cela semblerait justifier l'application du principe

mental justice posited by Wilson J., namely, that an accused person must be tried and punished under the law in force at the time an offence is committed.

The appellant cannot, in my view, invoke the *Milne* principle because, even if initially invalid or improper, her conviction and sentence were statutorily endorsed by the s. 27(2) transitional provision. This is apparent from the application of s. 613 by the Alberta Court of Appeal on the appellant's appeal from conviction. Clearly, the new s. 218 and s. 669(a) sentencing provisions are automatically triggered upon a conviction for first degree murder under the new s. 214. Any appeal by the appellant of her sentence, separate from her unsuccessful appeal of conviction, would presumably have failed by virtue of an application of s. 27(2) in combination with s. 613. It will be recalled that s. 27(2) read, in part:

... and thereafter the offence shall be dealt with, inquired into, tried and determined, and any punishment in respect of the offence shall be imposed as if it had been committed after the coming into force of this Act. [Emphasis added.]

Alternatively, any appeal from sentence may also have floundered on s. 603(1)(b) of the *Criminal Code* which reads:

603. (1) A person who is convicted by a trial court in proceedings by indictment may appeal to the court of appeal

(b) against the sentence passed by the trial court, with leave of the court of appeal or a judge thereof unless that sentence is one fixed by law.

Since the ss. 218(1) and 669(a) sentencing provisions are "fixed by law" for convictions for first degree murder, it is arguable that the Alberta Court of Appeal's upholding of the appellant's conviction in *R. v. Gamble and Nichols, supra*,

de justice fondamentale énoncé par le juge Wilson, à savoir qu'une personne accusée doit être jugée et condamnée en vertu du droit en vigueur au moment où l'infraction a été commise.

^a À mon avis, l'appelante ne peut pas invoquer le principe énoncé dans l'arrêt *Milne* parce que, même si elles étaient initialement invalides ou irrégulières, sa déclaration de culpabilité et sa ^b sentence ont été sanctionnées par la disposition législative transitoire qu'est le par. 27(2). Cela ressort manifestement de l'application de l'art. 613 par la Cour d'appel de l'Alberta lors de l'appel interjeté par l'appelante contre sa déclaration de ^c culpabilité. Il est clair que les nouvelles dispositions en matière de sentence contenues à l'art. 218 et à l'al. 669a) s'appliquent automatiquement dès ^d qu'il y a déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré en vertu du nouvel art. 214. Il y a lieu de croire que tout appel de l'appelante contre sa sentence, indépendamment de l'appel infructueux qu'elle a interjeté à l'encontre de sa déclaration de culpabilité, aurait échoué en raison de ^e l'application conjuguée du par. 27(2) et de l'art. 613. Soulignons que le texte anglais du par. 27(2) était rédigé en partie de la manière suivante:

... and thereafter the offence shall be dealt with, inquired into, tried and determined, and any punishment in ^f respect of the offence shall be imposed as if it had been committed after the coming into force of this Act. [Je souligne.]

Subsidiairement, tout appel de la sentence aurait ^g également pu échouer en vertu de l'al. 603(1)(b) du *Code criminel*, dont voici le texte:

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 ^h d'appel,

ⁱ b) de la sentence rendue par la cour de première instance, avec l'autorisation de la cour d'appel ou de l'un de ses juges, à moins que cette sentence ne soit de celles que fixe la loi.

Comme les sentences relatives aux déclarations de culpabilité de meurtre au premier degré, prononcées en vertu du par. 218(1) et de l'al. 669a) sont de celles «que fixe la loi», on peut soutenir que la confirmation de la déclaration de culpabilité de

precludes a subsequent appeal of her sentence because that sentence would be deemed "fixed by law".

The end result is that the initial wrongful application of the new provisions to the appellant was cured or validated by the operation of s. 27(2) in combination with s. 613 of the *Criminal Code*. I can see no principled reason for limiting La Forest J.'s statement in *Milne* only to convictions and sentences that were valid in law at the time of the conviction and pronouncement of the sentence. The validating effect of s. 27(2) cured the illegality which therefore ceased to flow forward in time and taint the ongoing post-*Charter* deprivation of liberty. Unless *Milne* is extended to the situation where a conviction and sentence are validated in law before the *Charter* entered into force, a pre-*Charter* statute (s. 27(2)) could be indirectly attacked by ignoring or jumping over it in order to preserve the initially wrongful conviction and sentence. Thus, the appellant's extended parole ineligibility cannot be challenged under s. 7 on the basis that there is an ongoing deprivation of liberty which was improper prior to the *Charter* and which continues to be improper after the *Charter*.

To the extent that Wilson J. holds that the appellant's continued deprivation of liberty has become unlawful only as a result of enactment of the *Charter*, I fail to see how this does not also implicitly involve a retrospective application of s. 7. Evaluation of the post-*Charter* execution of an originally valid, or subsequently validated, pre-*Charter* sentence involves a non-retrospective application of s. 7 only if the fundamental injustice can be determined independently of the validity of pre-*Charter* events. In this case, however, the extended parole ineligibility of the accused is only fundamentally unjust if she should never have been sentenced to the punishment now being challenged. As discussed above, the only way to question the validity of the sentence is to measure that

l'appelante par la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *R. v. Gamble and Nichols*, précité, écarte la possibilité d'un appel subséquent de sa sentence parce que celle-ci serait réputée comme étant de celles «que fixe la loi».

Il en résulte finalement que l'application initiale erronée des nouvelles dispositions à l'appelante a été corrigée ou validée par l'effet conjugué du par. 27(2) et de l'art. 613 du *Code criminel*. En principe, je ne vois aucune raison de limiter l'énoncé du juge La Forest dans l'arrêt *Milne* aux seules déclarations de culpabilité et sentences qui étaient juridiquement valides à l'époque où elles ont été prononcées. La validation résultant du par. 27(2) a remédié à l'illégalité en l'interrompant et en empêchant qu'elle n'entache la privation de liberté qui s'est poursuivie après l'entrée en vigueur de la *Charte*. Il serait possible d'attaquer indirectement une loi antérieure à la *Charte* (par. 27(2)) en l'ignorant ou en y passant outre afin de préserver la déclaration de culpabilité et la sentence initialement erronées, sauf si l'application de l'arrêt *Milne* est étendue à la situation où une déclaration de culpabilité et une sentence ont été validées juridiquement avant l'entrée en vigueur de la *Charte*. Ainsi l'inadmissibilité prolongée de l'appelante à la libération conditionnelle ne peut pas être contestée en vertu de l'art. 7 pour le motif qu'il y a continuation d'une privation de liberté qui était irrégulière antérieurement à la *Charte* et qui continue de l'être après l'entrée en vigueur de la *Charte*.

Dans la mesure où le juge Wilson conclut que la continuation de la privation de liberté de l'appelante n'est devenue illicite que par suite de l'adoption de la *Charte*, je suis incapable de voir comment cela ne suppose pas aussi implicitement une application rétroactive de l'art. 7. L'évaluation de l'exécution postérieure à la *Charte* d'une sentence initialement valide ou subséquentement validée suppose une application non rétroactive de l'art. 7 seulement si on peut conclure à une injustice fondamentale indépendamment de la validité des événements antérieurs à la *Charte*. En l'espèce, toutefois, la période d'inadmissibilité prolongée de l'accusée à la libération conditionnelle ne sera fondamentalement injuste que si la peine présentement contestée n'aurait jamais dû lui être imposée

sentence's validity against *Charter* standards in such a way that the validation of the sentence by s. 27(2) is ignored.

By way of contrast, the argument of the appellant is not that it is unjust *per se* to be denied parole eligibility for 25 years, as is currently mandated for all those convicted under the new s. 214 of first degree murder. If this were the argument, then it would indeed be irrelevant whether the source of this ineligibility was a pre-*Charter* or a post-*Charter* sentence, and, therefore, a non-retrospective evaluation of the execution of the sentence on its own terms would be involved. The point I am making is not that there is a principle of fundamental justice that minimum parole eligibility can be unjust, but that such a principle, if it existed, would not involve the problem of retrospectivity.

IV

Conclusion

I cannot accept that an ongoing violation of s. 7 can be found in this particular case without applying s. 7 to either s. 27(2) or to the sentence which it validated. As should be clear from the discussion at the end of the preceding section, I am not saying that post-*Charter* s. 7 challenges to the execution of pre-*Charter* sentences must necessarily involve a retrospective evaluation of the original valid or validated sentence. Nor do I wish to be understood as precluding the invocation of ss. 9 or 12 of the *Charter* to challenge the carrying out of a sentence validly pronounced prior to the *Charter*: see *Mitchell v. Attorney General of Ontario* (1983), 35 C.R. (3d) 225 (Ont. H.C.), and *R. v. Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233 (B.C.C.A.)

au départ. Comme je l'ai dit précédemment, la seule manière d'attaquer la validité de la sentence est de l'apprécier en fonction de normes établies par la *Charte*, sans tenir compte de la validation de la sentence par le par. 27(2).

Par ailleurs, l'appelante ne prétend pas qu'il est injuste en soi de se voir imposer une période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle de 25 ans, comme cela est actuellement le cas pour toutes les personnes déclarées coupables de meurtre au premier degré sous le régime du nouvel art. 214. Si telle était sa prétention, il ne servirait effectivement à rien de savoir si la sentence à l'origine de son inadmissibilité était antérieure ou postérieure à l'entrée en vigueur de la *Charte*, de sorte qu'il s'agirait alors de procéder à une évaluation non rétroactive de l'exécution des conditions mêmes de la sentence. Je ne suis pas en train de dire qu'il existe un principe de justice fondamentale portant qu'une période d'inadmissibilité minimale à la libération conditionnelle peut être injuste, mais plutôt qu'un tel principe, s'il existait, ne soulèverait pas le problème de la rétroactivité.

IV

Conclusion

Je ne puis accepter qu'il soit possible de conclure à la continuation d'une violation de l'art. 7 sans appliquer l'art. 7 soit au par. 27(2) soit à la sentence qu'il a validée. Ainsi qu'il devrait ressortir clairement de l'analyse figurant à la fin de la section qui précède, je ne dis pas que les contestations fondées sur l'art. 7 subséquentes à l'entrée en vigueur de la *Charte* qui visent l'exécution de sentences antérieures à la *Charte* impliquent nécessairement une évaluation rétroactive de la sentence initiale valide ou validée. Je ne veux pas non plus que mes motifs soient interprétés comme empêchant le recours à l'art. 9 ou à l'art. 12 de la *Charte* pour contester l'exécution d'une sentence validement prononcée avant l'entrée en vigueur de la *Charte*: voir *Mitchell v. Attorney General of Ontario* (1983), 35 C.R. (3d) 225 (H.C. Ont.), et *R. v. Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233 (C.A.C.-B.)

I would dismiss the appeal on the ground that the appellant's s. 7 claim involves a retrospective application of the *Charter*.

The judgment of Lamer, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. was delivered by

WILSON J.—The appellant's claim in this case is that she has been deprived of her liberty under s. 7 of the *Charter of Rights and Freedoms* in a way which offends the principles of fundamental justice. She seeks relief under s. 24(1) of the *Charter*.

I. The Facts

On March 12, 1976 at 3:00 p.m. the appellant, Janise Marie Gamble, then 21 years old, was involved with three others in the robbery of the Inglewood Credit Union in south-east Calgary, Alberta. Two of the four, William Nichols and John Gamble, the appellant's husband, entered the Credit Union with hand guns and took \$1,631. The appellant and Tracie Perry remained outside the Credit Union. The appellant drove the car away from the Credit Union but less than a mile from the scene of the robbery the car stopped apparently so that Nichols could replace Mrs. Gamble as the driver. Behind the hold-up car in an unmarked vehicle was Detective Sergeant Allan Keith Harrison of the Calgary Police Force. A shoot-out ensued with William Nichols and John Gamble exchanging shots with Detective Sergeant Harrison. Detective Sergeant Harrison was hit by a shot from Nichols' gun and died a few hours later.

After the police officer was shot the four made their getaway and subsequently took several hostages. All the hostages were not released until the next day at 7:00 p.m. when the appellant and Tracie Perry surrendered themselves. On March 14, 1976 the police entered the home in which the hostages were held and found John Gamble dead and William Nichols unconscious, both from drug overdoses.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi pour le motif que la demande de l'appelante fondée sur l'art. 7 suppose une application rétroactive de la *Charte*.

Version française du jugement des juges Lamer, Wilson et L'Heureux-Dubé rendu par

LE JUGE WILSON—L'appelante prétend en l'espèce qu'on a porté atteinte à sa liberté, garantie par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale. Elle demande réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*.

I. Les faits

Le 12 mars 1976, à 15 h, l'appelante, Janise Marie Gamble, alors âgée de 21 ans, a participé avec trois autres personnes à un vol qualifié, à l'Inglewood Credit Union, dans le sud-est de Calgary (Alberta). Deux des quatre complices, William Nichols et John Gamble, le mari de l'appelante, sont entrés dans la caisse d'épargne armés de pistolets et se sont emparés de 1 631 \$. L'appelante et Tracie Perry étaient restées à l'extérieur de la caisse d'épargne. L'appelante a conduit la voiture qui devait leur permettre de fuir mais s'est arrêtée à moins d'un mille du lieu du vol apparemment pour permettre à Nichols de la remplacer au volant. La voiture dans laquelle prenaient place les auteurs du hold-up a été prise en chasse par une voiture de police banalisée conduite par le sergent-détective Allan Keith Harrison de la police de Calgary. William Nichols et John Gamble ont alors échangé des coups de feu avec le sergent-détective Harrison. Atteint d'une balle tirée par le pistolet de Nichols le sergent-détective Harrison est décédé quelques heures plus tard.

Après avoir abattu l'agent de police, les quatre malfaiteurs se sont enfuis et se sont emparés de plusieurs otages par la suite. Les otages n'ont été finalement tous libérés que le jour suivant, à 19 h, lorsque l'appelante et Tracie Perry se sont rendues. Le 14 mars 1976, les policiers ont pénétré dans la maison où les otages avaient été retenus et ils ont alors trouvé John Gamble mort et William Nichols inconscient, tous deux victimes d'une surdose de drogue.

On April 29, 1976 an information was sworn alleging that the appellant and Nichols had committed murder punishable by death contrary to s. 214 of the *Criminal Code*, then in force, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended by the *Criminal Law Amendment (Capital Punishment) Act*, S.C. 1973-74, c. 38, s. 2. Following their preliminary enquiry the appellant and Nichols were committed for trial on June 30, 1976. On August 30, 1976, the appellant and Nichols were indicted for first degree murder under the new s. 214 of the *Criminal Code* which had been enacted in June 1976 and proclaimed in force on July 26, 1976, *Criminal Law Amendment Act (No. 2)*, 1976, S.C. 1974-75-76, c. 105, s. 4. On December 2, 1976, both the appellant and Nichols were convicted of first degree murder under the new s. 214 and sentenced to imprisonment for life without eligibility for parole for 25 years pursuant to new s. 669 of the *Criminal Code* which had also been enacted and proclaimed as part of the new law, *Criminal Law Amendment Act (No. 2)*, 1976, S.C. 1974-75-76, c. 105, s. 21. The Crown's case was that Nichols shot and killed Detective Sergeant Harrison and that the appellant was a party to the offence under s. 21 of the *Criminal Code*.

On appeal, the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta held that because the proceedings against the appellant had been commenced before the coming into force of the new *Criminal Code* provisions on July 26, 1976, the appellant should have been tried under the old provisions of the *Criminal Code* in force at the time of the offence: *R. v. Gamble and Nichols* (1978), 40 C.C.C. (2d) 415. The Appellate Division, after comparing the old and new provisions, concluded that the appellant, Gamble, had been prejudiced by her trial under the new provisions because under the old provisions the Crown would have had to meet the burden of proving that Gamble had by her "own act caused or assisted in causing the death" of a police officer acting in the course of his duties as opposed to proving merely that Gamble was a party under s. 21 of the

Le 29 avril 1976, une dénonciation était déposée sous serment dans laquelle il était allégué que l'appelante et Nichols avaient commis un meurtre punissable de mort, contrairement à l'art. 214 du *Code criminel* alors en vigueur, S.R.C. 1970, chap. C-34, modifié par la *Loi modifiant le droit pénal (peine capitale)*, S.C. 1973-74, chap. 38, art. 2. Suite à leur enquête préliminaire, l'appelante et Nichols ont été renvoyés à leur procès fixé au 30 juin 1976. Le 30 août 1976, l'appelante et Nichols ont été accusés de meurtre au premier degré en vertu du nouvel art. 214 du *Code criminel*, qui avait été adopté en juin 1976 et proclamé en vigueur le 26 juillet 1976, *Loi de 1976 modifiant le droit pénal, n° 2*, S.C. 1974-75-76, chap. 105, art. 4. Le 2 décembre 1976, l'appelante et Nichols ont tous les deux été reconnus coupables de meurtre au premier degré en vertu du nouvel art. 214 et condamnés à l'emprisonnement à perpétuité, sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant d'avoir purgé 25 années de leur sentence, conformément au nouvel art. 669 du *Code criminel*, qui avait lui aussi été adopté et proclamé en vigueur dans le cadre de la nouvelle loi, la *Loi de 1976 modifiant le droit pénal, n° 2*, S.C. 1974-75-76, chap. 105, art. 21. Selon la preuve du ministère public, Nichols avait fait feu et tué le sergent-détective Harrison et l'appelante était partie à l'infraction, au sens de l'art. 21 du *Code criminel*.

En appel, la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta a jugé que, parce que les poursuites contre l'appelante avaient été entamées avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions du *Code criminel*, le 26 juillet 1976, l'appelante aurait dû être jugée sous le régime des anciennes dispositions du *Code criminel* en vigueur au moment de l'infraction: *R. v. Gamble and Nichols* (1978), 40 C.C.C. (2d) 415. La Division d'appel, après avoir comparé les anciennes et les nouvelles dispositions, a conclu que l'appelante Gamble avait subi un préjudice en étant jugée en vertu des nouvelles dispositions, puisqu'en vertu des anciennes dispositions le ministère public aurait eu à prouver que Gamble, «par son propre fait, a causé ou aidé à causer la mort» d'un agent de police dans l'exercice de ses fonctions, plutôt que d'avoir à prouver simplement que Gamble était partie à

Criminal Code. They held, however, that they were prevented from granting the remedy of a new trial because of the transitional provisions in the new law. The Appellate Division concluded at p. 432:

There is clearly a difference between the old and the new sections as regards the test to be applied in determining culpability for the murder of a police officer acting in the course of his duties.

As regards the appellant Nichols, there can be no practical difference between the two wordings since it was clearly an act of Nichols, the firing of his gun, that caused the death of Detective Sergeant Harrison.

So far as Mrs. Gamble is concerned, her position under the old section might have been different for the Crown would have had to prove, beyond a reasonable doubt, that she, by her own act, caused or assisted in causing the death of the police officer, rather than simply by establishing, as is required by the new section, that the victim was a police officer.

In such circumstances, an appellate Court would ordinarily direct that there should be a new trial so that it could be conducted in accordance with the law that was properly applicable. So far as concerns the present appeal, however, s. 27(2) of the Amendment Act provides that such a new trial would be conducted, and punishment imposed, as if the offence had been committed after the coming into force of the Amendment Act. The practical effect of that subsection is that the law applicable to the new trial would be the same as that which was in fact applied at the trial already held, and with respect to which this appeal is concerned.

The result of all this is that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred.

It follows that the appeals of both William Nichols and Janise Gamble must be dismissed.

The appellant's application for leave to appeal to this Court was dismissed on October 3, 1978, [1978] 2 S.C.R. vii.

This Court has already commented on the difference between the punishment provisions under the old and new murder offences and concluded that the difference between denial of eligibility of parole for the first 25 years of a sentence of life imprisonment under the new provisions and parole eligibility of between 10 and 20 years under the old provisions is an issue of "first importance" to

l'infraction au sens de l'art. 21 du *Code criminel*. Elle a jugé, toutefois, que les dispositions transitoires de la nouvelle loi lui interdisaient d'ordonner la tenue d'un nouveau procès à titre de redressement.

a La Division d'appel conclut, à la p. 432:

[TRADUCTION] Il y a nettement une différence entre les anciens et les nouveaux articles quant au critère à appliquer pour décider de la culpabilité dans le cas du meurtre d'un agent de police dans l'exercice de ses fonctions.

b

En ce qui concerne l'appellant Nichols, il ne peut y avoir de différence pratique entre les deux textes puisqu'il est clair que c'est un acte de Nichols, savoir le coup de feu qu'il a tiré, qui a causé la mort du sergent-détective Harrison.

c

En ce qui a trait à M^{me} Gamble, sa situation sous l'ancien article aurait pu être différente, car le ministère public aurait eu à prouver hors de tout doute raisonnable que, par son propre fait, elle avait causé ou aidé à causer la mort de l'agent de police, plutôt que d'avoir à établir simplement, comme le requiert le nouvel article, que la victime était un agent de police.

d

Dans de telles circonstances, un tribunal d'appel ordonnerait normalement la tenue d'un nouveau procès selon la loi vraiment applicable. Toutefois, en ce qui concerne le présent appel, le par. 27(2) de la Loi modificative prévoit qu'un nouveau procès de ce genre devrait être tenu, et la peine infligée, comme si l'infraction avait été commise après l'entrée en vigueur de la Loi modificative. En pratique, ce paragraphe fait en sorte que la loi applicable au nouveau procès serait la même que celle qui a effectivement été appliquée au procès déjà tenu et visé par le présent appel.

e

f

g

Il résulte de tout ceci qu'aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave ne se sont produits.

Il s'ensuit que les appels tant de William Nichols que de Janise Gamble doivent être rejetés.

h

La demande d'autorisation de pourvoi adressée à cette Cour par l'appellante a été rejetée le 3 octobre 1978, [1978] 2 R.C.S. vii.

i

Cette Cour a déjà commenté la différence entre les peines applicables en vertu des anciennes et des nouvelles dispositions sur le meurtre, pour conclure que la différence entre l'inadmissibilité à la libération conditionnelle pendant les 25 premières années d'une peine d'emprisonnement à perpétuité, en vertu des nouvelles dispositions, et l'admissibilité à la libération conditionnelle après avoir purgé

j

those subject to them and as such “by no means . . . academic”: see *Miller and Cockriell v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, at pp. 714 ff. (See also *R. v. Logan* (1986), 51 C.R. (3d) 326 (Ont. C.A.))

Under the old punishment provisions of s. 218 those who were convicted of murder punishable by life imprisonment or who had their death sentence commuted were rendered ineligible for parole for a minimum of 10 years. The sentencing judge could make a recommendation for parole ineligibility between 10 to 20 years on a recommendation from a jury that the period of ineligibility be increased beyond 10 years and also having regard “to the character of the accused, the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission.” In contrast, the new provisions under which the appellant was tried and convicted provided that a person convicted of first degree murder was ineligible for parole for 25 years.

The appellant has been imprisoned in the Prison for Women in Kingston, Ontario for the past 12 years. In March 1986 the appellant applied to the Supreme Court of Ontario under s. 24(1) of the *Charter* for relief against her continued detention pursuant to the condition of her sentence that she not be eligible for parole for 25 years. She bases her claim for relief in this Court on an alleged violation of s. 7 of the *Charter*.

II. Legislation

For convenience, the relevant statutory provisions will be classified as “the old law” and “the new law”, and “the transitional provisions”. The old law, as it existed at the time the offence was committed, provides as follows:

entre 10 et 20 ans, en vertu des anciennes dispositions constitue une question de «grande importance» pour ceux qu’elles visent et est, en tant que telle, «loin d’être purement théorique»: voir *Miller et Cockriell c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, aux pp. 714 et suiv. (Voir aussi *R. v. Logan* (1986), 51 C.R. (3d) 326 (C.A. Ont.))

Selon les peines applicables en vertu des anciennes dispositions de l’art. 218, les personnes qui étaient reconnues coupables d’un meurtre punissable de l’emprisonnement à perpétuité ou qui voyaient leur sentence de mort commuée étaient inadmissibles à la libération conditionnelle avant d’avoir purgé au moins 10 années de leur sentence. Le juge qui prononçait la sentence pouvait recommander que 10 à 20 années soient purgées avant de devenir admissible à la libération conditionnelle si le jury recommandait que la période d’inadmissibilité soit portée à plus de 10 ans et compte tenu aussi «du caractère de l’accusé, de la nature de l’infraction et des circonstances qui ont entouré sa perpétration». Par contre, les nouvelles dispositions sous le régime desquelles l’appelante a été jugée et reconnue coupable prévoient que la personne reconnue coupable de meurtre au premier degré doit purger 25 ans avant d’être admissible à la libération conditionnelle.

L’appelante a été incarcérée à la prison des femmes de Kingston (Ontario) durant les 12 dernières années. En mars 1986, l’appelante a adressé à la Cour suprême de l’Ontario une requête, fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*, en vue d’obtenir réparation contre la continuation de la détention dont elle faisait l’objet conformément à la condition de sa sentence prescrivant qu’elle purge 25 années avant d’être admissible à la libération conditionnelle. Elle fonde sa demande de redressement en cette Cour sur une allégation de violation de l’art. 7 de la *Charte*.

i II. La législation

Pour des motifs de commodité, les dispositions législatives pertinentes seront qualifiées d’«ancienne loi», de «nouvelle loi» et de «dispositions transitoires». L’ancienne loi, en vigueur au moment où l’infraction a été commise, prévoyait ce qui suit:

214. (1) Murder is punishable by death or is punishable by imprisonment for life.

(2) Murder is punishable by death, in respect of any person, where such person by his own act caused or assisted in causing the death of

(a) a police officer, police constable, constable, sheriff, deputy sheriff, sheriff's officer or other person employed for the preservation and maintenance of the public peace, acting in the course of his duties, or

(b) a warden, deputy warden, instructor, keeper, gaoler, guard or other officer or permanent employee of a prison, acting in the course of his duties,

or counselled or procured another person to do any act causing or assisting in causing the death.

(3) All murder other than murder punishable by death is punishable by imprisonment for life.

218. (1) Every one who commits murder punishable by death is guilty of an indictable offence and shall be sentenced to death.

(2) Every one who commits murder punishable by imprisonment for life is guilty of an indictable offence and shall be sentenced to imprisonment for life.

(5) Notwithstanding anything in the *Parole Act* and unless the Parliament of Canada otherwise directs, no person

(a) upon whom a sentence of imprisonment for life in respect of murder has been imposed after the coming into force of this subsection,

(c) in respect of whom a sentence of death in respect of murder has been commuted after the coming into force of this section to imprisonment for life, shall be released pursuant to the terms of a grant of parole under the *Parole Act* unless

(d) at least ten years of that sentence calculated in the manner described in subsection (7) have been served, and

(e) the National Parole Board, by a vote of at least two-thirds of its members, has made a decision that parole under that Act be granted to that person.

(6) Notwithstanding paragraph (5)(d), the judge presiding at the trial of an accused who is or was convicted

214. (1) Le meurtre est punissable de mort ou est punissable d'emprisonnement à perpétuité.

(2) Le meurtre est punissable de mort, à l'égard de toute personne, lorsque cette personne, par son propre fait, a causé ou aidé à causer la mort

a d'un officier de police, d'un agent de police, d'un constable, d'un shérif, d'un shérif adjoint, d'un officier de shérif ou d'une autre personne employée à la préservation et au maintien de la paix publique, agissant dans l'exercice de ses fonctions, ou

b d'un directeur, d'un sous-directeur, d'un instructeur, d'un gardien, d'un geôlier, d'un garde ou d'un autre fonctionnaire ou employé permanent d'une prison, agissant dans l'exercice de ses fonctions,

c ou a conseillé à une autre personne de commettre un acte quelconque qui cause ou aide à causer la mort, ou a incité cette autre personne à commettre un tel acte.

(3) Tout meurtre autre qu'un meurtre punissable de mort est punissable d'emprisonnement à perpétuité.

218. (1) Quiconque commet un meurtre punissable de mort est coupable d'un acte criminel et doit être condamné à mort.

(2) Quiconque commet un meurtre punissable d'emprisonnement à perpétuité est coupable d'un acte criminel et doit être condamné à l'emprisonnement à perpétuité.

(5) Nonobstant toute disposition de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* et à moins que le Parlement du Canada n'ordonne le contraire, nulle personne

a à qui une sentence d'emprisonnement à perpétuité pour meurtre a été imposée après l'entrée en vigueur du présent paragraphe,

c) relativement à laquelle une sentence de mort pour meurtre a été commuée, après l'entrée en vigueur du présent article, en un emprisonnement à perpétuité, ne doit être remise en liberté en vertu de l'octroi d'une libération conditionnelle aux termes de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, à moins

d) qu'elle n'ait purgé au moins dix années de cette sentence, calculées de la manière indiquée au paragraphe (7), et

e) que la Commission nationale des libérations conditionnelles n'ait décidé, par un vote d'au moins les deux tiers de ses membres, d'accorder à cette personne la libération conditionnelle visée par cette loi.

(6) Nonobstant l'alinéa (5)d), le juge qui préside le procès d'un accusé qui est ou a été déclaré coupable de

of murder or, where such judge is unable to do so, another judge of the same court may

(a) at the time of sentencing of the accused, in a case referred to in paragraph (5)(a), or

(b) at any time on application made to him within a reasonable time after

(i) the coming into force of this section, in a case referred to in paragraph (5)(b), or

(ii) the execution of an instrument or writing mentioned in subsection 684(2) declaring that a sentence of death has been commuted, in a case referred to in paragraph (5)(c),

having regard to the character of the accused, the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission, and to any recommendation made pursuant to subsection (8), by order substitute for the number of years specified in paragraph (5)(d) a number of years that is not more than twenty but more than ten.

(Criminal Law Amendment (Capital Punishment) Act, S.C. 1973-74, c. 38, ss. 2 and 3.)

The new law, which was proclaimed in force on July 26, 1976 and under which the appellant was convicted and punished, provides as follows:

214. (1) Murder is first degree murder or second degree murder.

(2) Murder is first degree murder when it is planned and deliberate.

(4) Irrespective of whether a murder is planned and deliberate on the part of any person, murder is first degree murder when the victim is

(a) a police officer, police constable, constable, sheriff, deputy sheriff, sheriff's officer or other person employed for the preservation and maintenance of the public peace, acting in the course of his duties;

(b) a warden, deputy warden, instructor, keeper, gaoler, guard or other officer or a permanent employee of a prison, acting in the course of his duties; or

(c) a person working in a prison with the permission of prison authorities and acting in the course of his work therein.

218. (1) Every one who commits first degree murder or second degree murder is guilty of an indictable offence and shall be sentenced to imprisonment for life.

meurtre, ou, lorsque ce jugé est incapable de ce faire, un autre juge du même tribunal peut,

a) au moment de prononcer la sentence de l'accusé, s'il s'agit d'un cas visé à l'alinéa (5)a), ou

b) à tout moment, sur demande, pourvu que cette demande lui soit présentée dans un délai raisonnable

(i) après l'entrée en vigueur du présent article, s'il s'agit d'un cas visé à l'alinéa (5)b), ou

(ii) après la signature d'un instrument ou d'un écrit mentionné au paragraphe 684(2), déclarant qu'une sentence de mort a été commuée, s'il s'agit d'un cas visé à l'alinéa (5)c),

compte tenu du caractère de l'accusé, de la nature de l'infraction et des circonstances qui ont entouré sa perpétration, ainsi que toute recommandation faite en application du paragraphe (8) remplacer par ordonnance le nombre d'années spécifié à l'alinéa (5)d) par un nombre d'années supérieur à dix mais ne dépassant pas vingt.

(Loi modifiant le droit pénal (peine capitale), S.C. 1973-74, chap. 38, art. 2 et 3.)

La nouvelle loi, qui a été proclamée en vigueur le 26 juillet 1976 et sous le régime de laquelle l'appelante a été reconnue coupable et condamnée, prévoit ce qui suit:

214. (1) Il existe deux catégories de meurtres: ceux du premier degré et ceux du deuxième degré.

(2) Le meurtre au premier degré est le meurtre commis avec préméditation.

(4) Est assimilé au meurtre au premier degré, le meurtre, dans l'exercice de ses fonctions,

a) d'un officier ou d'un agent de police, d'un constable, d'un shérif, d'un shérif adjoint, d'un officier de shérif ou d'une autre personne employée à la préservation et au maintien de la paix publique;

b) d'un directeur, d'un sous-directeur, d'un instructeur, d'un gardien, d'un geôlier, d'un garde ou d'un autre fonctionnaire ou employé permanent d'une prison;

c) d'une personne travaillant dans une prison avec la permission des autorités de la prison.

218. (1) Quiconque commet un meurtre au premier degré ou un meurtre au deuxième degré est coupable d'un acte criminel et doit être condamné à l'emprisonnement à perpétuité.

669. The sentence to be pronounced against a person who is to be sentenced to imprisonment for life shall be,

(a) in respect of a person who has been convicted of high treason or first degree murder, that he be sentenced to imprisonment for life without eligibility for parole until he has served twenty-five years of his sentence;

(b) in respect of a person who has been convicted of second degree murder, that he be sentenced to imprisonment for life without eligibility for parole until he has served at least ten years of his sentence or such greater number of years, not being more than twenty-five years, as has been substituted therefor pursuant to section 671; . . .

(*Criminal Law Amendment Act (No. 2), 1976, S.C. 1974-75-76, c. 105, ss. 4, 5, 21.*)

The transitional provision, which the Appellate Division of the Alberta Supreme Court held prevented the appellant from receiving the relief of a new trial under the old provisions, provides:

27. (1) Where proceedings in respect of any offence of treason, piracy or murder, whether punishable by death or not, that was committed before the coming into force of this Act are commenced after the coming into force of this Act, the offence shall be dealt with, inquired into, tried and determined, and any punishment in respect of the offence shall be imposed as if the offence had been committed after the coming into force of this Act irrespective of when it was actually committed.

(2) Where proceedings in respect of any offence of treason, piracy or murder, whether punishable by death or not, were commenced before the coming into force of this Act, and a new trial of a person for the offence has been ordered and the new trial is commenced after the coming into force of this Act, the new trial shall be commenced by the preferring of a new indictment before the court before which the accused is to be tried, and thereafter the offence shall be dealt with, inquired into, tried and determined, and any punishment in respect of the offence shall be imposed as if it had been committed after the coming into force of this Act.

(*Criminal Law Amendment Act (No. 2), 1976, S.C. 1974-75-76, c. 105.*)

The relevant sections of the *Charter* provide:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof

669. Le bénéfice de la libération conditionnelle est subordonné, en cas de condamnation à l'emprisonnement à perpétuité

a) pour haute trahison ou meurtre au premier degré, à l'accomplissement d'au moins vingt-cinq ans de la peine;

b) pour meurtre au deuxième degré, à l'accomplissement d'au moins dix ans de la peine, délai que le juge peut porter à au plus vingt-cinq ans en vertu de l'article 671; . . .

(*Loi de 1976 modifiant le droit pénal, n° 2, S.C. 1974-75-76, chap. 105, art. 4, 5, 21.*)

La disposition transitoire qui, selon la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta, interdit à l'appelante de bénéficier d'un nouveau procès tenu sous le régime des anciennes dispositions, porte:

27. (1) La trahison, la piraterie et le meurtre, punissables ou non de mort, qui, même lorsqu'ils sont commis avant l'entrée en vigueur de la présente loi, font l'objet de procédures après cette date sont jugés et punissables comme si l'infraction avait été commise après cette date.

(2) Tout nouveau procès ordonné pour trahison, piraterie ou meurtre, punissable ou non de mort, à la suite d'un procès ou autres procédures intentés avant l'entrée en vigueur de la présente loi mais qui cependant a lieu après celle-ci doit commencer par la présentation d'un nouvel acte d'accusation au tribunal par lequel l'accusé doit être jugé et se poursuivre comme si l'infraction avait été commise après cette entrée en vigueur.

(*Loi de 1976 modifiant le droit pénal, n° 2, S.C. 1974-75-76, chap. 105.*)

Les articles pertinents de la *Charte* disposent:

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

except in accordance with the principles of fundamental justice.

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

11. Any person charged with an offence has the right

(i) if found guilty of the offence and if the punishment for the offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing, to the benefit of the lesser punishment.

III. The Judgments Below

Supreme Court of Ontario

Watt J. denied the appellant's application for relief by means of a writ of *habeas corpus ad subjiciendum* with a writ of *certiorari* in aid and under s. 24(1) of the *Charter* on the basis that the Supreme Court of Ontario did not have jurisdiction to grant relief and that the appellant should pursue relief by means of an appeal of sentence to the Alberta courts: (1986), 17 W.C.B. 188. He held that the court could not exercise its supervisory jurisdiction over the superior court or over the courts of another province. The trial judge also held that he did not have jurisdiction to grant the relief of *habeas corpus* because a declaration of parole eligibility would not secure the complete and immediate liberty of the applicant. Moreover, the scope of review demanded by the applicant required the court to go behind the warrant of committal and the question of the trial court's jurisdiction to enter a verdict and would, in effect, transform the application into an appeal on the merits of both the conviction and the sentence. Finally, Watt J. rejected the appellant's claim under s. 11(i) of the *Charter* because it could not be granted without giving the *Charter* retrospective application and, in any event, the appellant was not entitled to relief under s. 11(i) because both the offence and the punishment had been changed.

qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

11. Tout inculpé a le droit:

i) de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l'infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence.

III. Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

La Cour suprême de l'Ontario

Le juge Watt a rejeté la requête de l'appelante visant à obtenir un bref d'*habeas corpus ad subjiciendum* avec bref de *certiorari* auxiliaire, et une réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*, pour le motif que la Cour suprême de l'Ontario n'avait pas compétence pour accorder le redressement et que l'appelante devrait exercer son recours par voie d'appel de la sentence devant les tribunaux albertains: (1986), 17 W.C.B. 188. Il a conclu que la cour ne pouvait pas exercer son pouvoir de contrôle sur la cour supérieure ni sur les tribunaux d'une autre province. Le juge du procès a également conclu qu'il n'avait pas compétence pour accorder le bref d'*habeas corpus*, puisqu'une déclaration d'admissibilité à la libération conditionnelle n'assurerait pas la mise en liberté complète et immédiate de la requérante. En outre, l'étendue de la révision demandée par la requérante obligeait le tribunal à vérifier le mandat de dépôt et la question de la compétence du tribunal de première instance pour inscrire un verdict et avait pour effet de transformer la demande en un appel sur le fond tant de la déclaration de culpabilité que de la sentence imposée. Enfin, le juge Watt a rejeté la demande de l'appelante fondée sur l'al. 11i) de la *Charte*, parce qu'elle ne pourrait être accueillie sans donner à la *Charte* une application rétroactive et que, de toute façon, l'appelante n'avait droit à aucun recours fondé sur l'al. 11i) puisque l'infraction et la peine avaient toutes les deux été modifiées.

Ontario Court of Appeal

The Ontario Court of Appeal (Houlden, Grange and Tarnopolsky JJ.A.) dismissed the appeal in short oral reasons and held that the courts of Alberta were the proper fora for the determination of the issues that arose in the case: (1987), 3 W.C.B. (2d) 88.

IV. The Issues

The appellant alleges that her continued detention pursuant to the 25-year parole ineligibility condition in her sentence violates s. 7 of the *Charter*. She submits that she is entitled to a declaration (under s. 24(1) of the *Charter*) that she is now eligible for parole having spent 12 years in prison. The respondent argues that the Supreme Court of Ontario has no jurisdiction in this case, that the requested relief cannot be granted by way of *habeas corpus*, and that to grant the relief sought would constitute a retrospective application of the *Charter* because, even if a breach of the principles of fundamental justice had occurred, it occurred well before the proclamation of the *Charter*. The respondent and interveners also question the appellant's entitlement to the requested remedy. These allegations require us to answer the following questions:

(a) Would the application of the *Charter* in the circumstances of this case constitute a retrospective application of the *Charter* to events prior to its proclamation?

(b) Does the Ontario Supreme Court have jurisdiction in this case?

(c) Can the requested review of the period of parole eligibility be undertaken on an application by way of *habeas corpus ad subjiciendum* with *certiorari* in aid and under s. 24(1) of the *Charter*?

(d) Are the appellant's rights under s. 7 of the *Charter* presently violated?

(e) Is the appellant entitled to the relief requested and can the courts in this matter grant the remedy of a declaration that the appellant is eligible for parole?

La Cour d'appel de l'Ontario

La Cour d'appel de l'Ontario (les juges Houlden, Grange et Tarnopolsky) a rejeté l'appel dans de brefs motifs oraux et a jugé qu'il appartenait aux tribunaux de l'Alberta de statuer sur les points en litige en l'espèce: (1987), 3 W.C.B. (2d) 88.

IV. Les questions en litige

L'appelante allègue que la continuation de sa détention conformément à la condition de sa sentence, prescrivant qu'elle purge 25 années avant d'être admissible à la libération conditionnelle, viole l'art. 7 de la *Charte*. Elle soutient qu'elle a droit à un jugement déclaratoire (en vertu du par. 24(1) de la *Charte*) portant qu'elle est maintenant admissible à la libération conditionnelle, après avoir purgé 12 ans de prison. L'intimée fait valoir que la Cour suprême de l'Ontario n'a pas compétence en l'espèce, que le redressement demandé ne peut être accordé par voie d'*habeas corpus* et que faire droit au recours constituerait une application rétroactive de la *Charte* puisque, même s'il y a eu atteinte aux principes de justice fondamentale, elle est survenue bien avant la proclamation de la *Charte*. L'intimée et les intervenants contestent aussi le droit de l'appelante au redressement demandé. Ces allégations nous obligent à répondre aux questions suivantes:

a) L'application de la *Charte* dans les circonstances de l'espèce constituerait-elle une application rétroactive de la *Charte* à des événements antérieurs à sa proclamation?

b) La Cour suprême de l'Ontario a-t-elle compétence en l'espèce?

c) La révision demandée de la période à purger avant d'être admissible à la libération conditionnelle peut-elle être effectuée suite à une demande de redressement par voie d'*habeas corpus ad subjiciendum* avec *certiorari* auxiliaire, fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*?

d) Les droits de l'appelante en vertu de l'art. 7 de la *Charte* sont-ils présentement violés?

e) L'appelante a-t-elle droit au redressement demandé et les tribunaux peuvent-ils à ce sujet prononcer un jugement déclaratoire portant qu'elle est admissible à la libération conditionnelle?

A) *Retrospectivity*

A number of decisions of this Court have addressed the retrospective application of the *Charter* but none seem to me to be determinative of the issue in the present appeal. The appellant submits that her s. 7 rights are violated by the current operation of the parole ineligibility provisions ordered under the unlawful application of s. 669(a) of the *Criminal Code* to her case. The appellant suggests that the decision of this Court in *R. v. Milne*, [1987] 2 S.C.R. 512, is distinguishable in that she is not seeking a review of her pre-*Charter* trial and sentence in light of the standards contained in the *Charter*, but rather seeks review of and relief from the current operation of the parole ineligibility provision in her sentence. In short, the appellant submits that the *Charter* is being applied prospectively to the continued operation of the parole ineligibility provision and asks this Court to focus its attention on the current operation and effect of the illegal parole ineligibility provision.

The respondent, on the other hand, insists that the focus of this Court's review should be on the soundness of the Alberta Court of Appeal's conclusion that, despite the fact that the appellant was tried and punished under the wrong law, s. 27(2) of the *Criminal Law Amendment Act (No. 2)*, 1976, prevented the remedy of a new trial under the old law. The respondent relies on *Milne* and argues that in that case this Court rejected the argument that the original pre-*Charter* sentencing of an offender as a dangerous offender could be reviewed in light of the *Charter* and subsequent *Criminal Code* amendments.

With respect, I do not think that *Milne* governs the facts of this case. In *Milne*, after referring to the judgment of Linden J. in *Mitchell v. Attorney General of Ontario* (1983), 35 C.R. (3d) 225 (Ont. H.C.), La Forest J. explicitly stated at pp. 527-28:

A) *La rétroactivité*

Dans un certain nombre de ses arrêts, cette Cour a abordé la question de l'application rétroactive de la *Charte*, mais aucun ne me semble décisif en ce qui concerne la question en litige dans le présent pourvoi. L'appelante soutient que les droits que lui garantit l'art. 7 sont violés par l'application actuelle des dispositions d'inadmissibilité à la libération conditionnelle ordonnée en vertu de l'application illicite de l'al. 669a) du *Code criminel* à son cas. L'appelante laisse entendre qu'il est possible de faire la distinction d'avec l'arrêt de cette Cour *R. c. Milne*, [1987] 2 R.C.S. 512, en ce sens qu'elle réclame non pas la révision de son procès et de sa sentence antérieurs à la *Charte*, au regard des normes contenues dans la *Charte*, mais plutôt la révision de l'application actuelle de la disposition d'inadmissibilité à la libération conditionnelle dont est assortie sa sentence et un redressement à cet égard. Bref, l'appelante fait valoir que la *Charte* s'applique prospectivement à la continuation de l'application de la disposition d'inadmissibilité à la libération conditionnelle et demande à cette Cour d'examiner l'effet et l'application actuels de la disposition illégale d'inadmissibilité à la libération conditionnelle.

L'intimée, d'autre part, maintient avec insistance que cette Cour doit s'intéresser surtout au bien-fondé de la conclusion de la Cour d'appel de l'Alberta suivant laquelle, en dépit du fait que l'appelante a été jugée et condamnée en vertu de la mauvaise loi, le par. 27(2) de la *Loi de 1976 modifiant le droit pénal*, n° 2, interdisait d'ordonner, à titre de redressement, la tenue d'un nouveau procès sous le régime de l'ancienne loi. L'intimée invoque l'arrêt *Milne* pour soutenir que, dans cet arrêt, la Cour a rejeté l'argument selon lequel une sentence prononcée avant la *Charte*, contre un délinquant en tant que délinquant dangereux, pouvait être révisée en fonction de la *Charte* et des modifications subséquentes du *Code criminel*.

En toute déférence, je ne pense pas que l'arrêt *Milne* s'applique aux faits de la présente affaire. Dans l'arrêt *Milne*, après s'être référé au jugement du juge Linden dans l'affaire *Mitchell v. Attorney General of Ontario* (1983), 35 C.R. (3d) 255 (H.C. Ont.), le juge La Forest affirme expressément, aux pp. 527 et 528:

In light of the conclusions I have arrived at, it becomes unnecessary to consider respondent's argument against Linden J.'s view in *Mitchell, supra*, that the execution or the carrying out of the sentence, as opposed to its original pronouncement, can be reviewed at any time under the *Charter* without retrospectively applying the latter's provisions to the original pronouncement (see also *R. v. Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233 (B.C.C.A.)) and I refrain from doing so.

In *R. v. Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233, the British Columbia Court of Appeal ruled that the application of ss. 9 and 12 of the *Charter* to the execution of a sentence constituted a prospective application of the *Charter* even although the sentence had been ordered and commenced before the *Charter* came into force. MacFarlane J.A. stated at p. 250:

A prospective application of the Charter would justify the release of a person, who had been or was to be arbitrarily detained or imprisoned, whenever his detention or imprisonment had commenced, or had been ordered. Similarly, a person could not be subjected to cruel and unusual treatment or punishment after the Charter came into effect, even if it had been ordered pre-Charter. Sections 9 and 12 do not focus on the date of the order imposing imprisonment or punishment, but on the imprisonment or punishment itself, which in this case is yet to occur. I conclude, therefore, that ss. 9 and 12 of the Charter could apply in this case.

Similarly, Lambert J.A., dissenting on the merits but not on this point, concluded that if the appellant was successful in claiming that his present imprisonment constituted a violation of ss. 9 or 12 of the *Charter*, the *Charter* would not be applied to the original pre-*Charter* sentencing and conviction but it would be applied to its unlawful execution. He said at p. 239 that:

... the conviction would remain a lawful conviction, the sentence would remain a sentence that was lawfully pronounced, but the carrying out of the sentence would have become unlawful. So the appellant is not seeking any retroactive application of the Charter; he is asking only for a prospective application.

Compte tenu des conclusions que j'ai tirées, il n'est pas nécessaire d'examiner l'argument que l'intimé a opposé à l'opinion exprimée par le juge Linden dans la décision *Mitchell*, précitée, portant que l'exécution de la sentence, à la différence de la condamnation, peut être révisée en tout temps en vertu de la *Charte* sans toutefois qu'il y ait application rétroactive des dispositions de cette dernière à la condamnation (voir aussi *R. v. Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233 (C.A.C.-B.)) et je m'abstiendrai de le faire.

Dans l'arrêt *R. v. Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé que l'application des art. 9 et 12 de la *Charte* à l'exécution d'une sentence constituait une application prospective de la *Charte* même si la sentence avait été prononcée et son exécution commencée avant l'entrée en vigueur de la *Charte*. Le juge MacFarlane dit, à la p. 250:

[TRADUCTION] Une application prospective de la Charte justifierait la mise en liberté d'une personne qui avait fait ou qui devait faire l'objet d'une détention ou d'un emprisonnement arbitraires, dans un cas où elle avait commencé à purger sa peine de détention ou d'emprisonnement ou dans un cas où la détention ou l'emprisonnement avait été ordonné. De même, une personne ne pouvait pas être soumise à des traitements ou à des peines cruels et inusités après l'entrée en vigueur de la Charte, même si ces traitements ou peines avaient été prescrits avant son entrée en vigueur. Les articles 9 et 12 ne s'arrêtent pas à la date de l'ordonnance imposant l'emprisonnement ou une autre peine; ils insistent plutôt sur la peine ou sur l'emprisonnement eux-mêmes, lesquels n'ont pas encore été infligés en l'espèce. Je conclus donc que les art. 9 et 12 de la Charte pourraient s'appliquer en l'espèce.

De même, le juge Lambert, dissident sur le fond mais non sur ce point, a conclu que si l'appelant avait gain de cause au sujet de sa prétention que son emprisonnement actuel était contraire à l'art. 9 ou à l'art. 12 de la *Charte*, la *Charte* serait alors appliquée non pas à la condamnation et à la déclaration de culpabilité antérieures à la *Charte*, mais à son exécution illicite. Il affirme, à la p. 239, que:

[TRADUCTION] ... la déclaration de culpabilité ainsi que la peine resteraient tout aussi légales, mais l'exécution de la peine serait entachée d'illégalité. L'appelant ne demande donc pas que l'on donne à la Charte un effet rétroactif; il veut simplement qu'elle soit appliquée prospectivement.

See also, W. Black, "Charter of Rights—Application to Pre-Enactment Events", (1982) *U.B.C. L. Rev. (Charter Ed.)* 59, at pp. 90-92.

On the reasoning in *Mitchell* and *Konechny* the relevant act to which the *Charter* is applied would not be the conviction or sentencing but the continuing execution of that part of the sentence which mandates a 25-year period of parole ineligibility. In *R. v. Stevens*, [1988] 1 S.C.R. 1153, the majority of this Court adopted at p. 1158 the following formulation offered in *R. v. James* (1986), 27 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.), at pp. 21 and 25, aff'd [1988] 1 S.C.R. 669:

Tarnopolsky J.A., who delivered the judgment of the Court of Appeal, said that "one applies the law in force at the time when the act that is alleged to be in contravention of a Charter right or freedom occurs" and that "it is important that actions be determined by the law, including the Constitution, in effect at the time of the action"

The minority in *Stevens* articulated a similar test for determining if an application of s. 7 was prospective or retrospective, stating at p. 1167:

Rather, the section seems to direct one to the point of time at which someone is about to be deprived of his or her life, liberty or security of the person. It is the projected deprivation which triggers the application of s. 7. We must ask therefore whether, at the time of the projected deprivation of the accused's right to liberty, that deprivation would be in accordance with the principles of fundamental justice or not.

Under both the majority and the minority formulation in *Stevens* the crucial question becomes: what is the event which is alleged to be in contravention of the *Charter*? At what point in time does the event which deprives a person of his or her life, liberty or security of the person occur?

In approaching this crucial question it seems to me preferable for the courts to avoid an all or nothing approach which artificially divides the chronology of events into the mutually exclusive categories of pre and post-*Charter*. Frequently an alleged current violation will have to be placed in

Voir aussi, W. Black, «Charter of Rights—Application to Pre-Enactment Events», (1982) *U.B.C. L. Rev. (Charter Ed.)* 59, aux pp. 90 et 92.

^a Selon le raisonnement adopté dans les arrêts *Mitchell* et *Konechny*, l'acte pertinent auquel la *Charte* est appliquée serait non pas la déclaration de culpabilité ni la sentence prononcée, mais la continuation de l'exécution de cette partie de la sentence qui oblige à purger 25 ans avant d'être admissible à la libération conditionnelle. Dans l'arrêt *R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153, cette Cour, à la majorité, a adopté à la p. 1158 la formulation suivante, tirée de l'arrêt *R. v. James* (1986), 27 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.), aux pp. 21 et 25, conf. [1988] 1 R.C.S. 669:

^d Le juge Tarnopolsky, qui a rédigé l'arrêt de la Cour d'appel, a jugé qu' [TRADUCTION] «on applique la loi en vigueur au moment de l'acte qu'on allègue être en contravention avec un droit ou une liberté garantis par la *Charte*» et qu'il est important de juger des actions au regard de la loi, y compris la Constitution, en vigueur au moment où elles ont lieu» . . .

^e Les juges formant la minorité, dans l'affaire *Stevens*, ont formulé un critère semblable pour décider si une application de l'art. 7 est prospective ou rétroactive (à la p. 1167):

^f L'article semble plutôt indiquer le moment où on est sur le point de porter atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de quelqu'un. C'est la menace d'atteinte qui déclenche l'application de l'art. 7. Nous devons donc nous demander si, au moment où il y a eu menace d'atteinte au droit à la liberté de l'accusé, cette atteinte ^g était conforme aux principes de justice fondamentale.

^h Selon la formulation tant des juges formant la majorité que de ceux formant la minorité dans l'arrêt *Stevens*, la question cruciale devient: quel est l'événement qui serait contraire à la *Charte*? À quel moment l'événement qui porte atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne se produit-il?

ⁱ En abordant cette question cruciale, il me semble préférable que les tribunaux évitent d'adopter l'approche tout ou rien qui divise artificiellement la chronologie des événements dans les catégories mutuellement exclusives d'avant et d'après la *Charte*. Pour l'évaluer pleinement, il

the context of its pre-*Charter* history in order to be fully appreciated. For example, in considering delay before trial Martin J.A. of the Ontario Court of Appeal commented in *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.), at p. 102:

Manifestly, s. 11(b) of the Charter applies only to trials taking place after it came into force, and it does not reach back and affect past trials. An enactment does not, however, operate retrospectively because a part of the requisites for its operation is drawn from a time antecedent to its coming into force, nor because it takes into account past events:

Charter standards cannot be applied to events occurring before its proclamation but it would be folly, in my view, to exclude from the Court's consideration crucial pre-*Charter* history. Indeed, a review of such history will often be necessary when the Court exercises its broad discretion under s. 24(1) to formulate the remedy which is appropriate and just in the circumstances. As Martin J.A. noted 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.

faut souvent replacer une prétendue violation actuelle de la *Charte* dans le contexte des événements qui lui ont donné naissance avant la *Charte*. Par exemple, en examinant la question du délai avant le procès, le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario fait le commentaire suivant dans l'arrêt *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.), à la p. 102:

[TRADUCTION] Manifestement, l'al. 11b) de la Charte ne s'applique qu'aux procès ayant eu lieu après son entrée en vigueur, et il ne touche pas rétroactivement aux procès antérieurs. Toutefois, une disposition législative ne s'applique pas rétroactivement parce qu'une partie des conditions requises pour son application est tirée d'une période précédant son entrée en vigueur ni parce qu'elle tient compte d'événements passés: . . .

Les normes de la *Charte* ne peuvent s'appliquer à des événements qui se sont produits avant sa proclamation, mais ce serait folie, à mon avis, de soustraire à l'examen du tribunal des événements cruciaux antérieurs à la *Charte*. D'ailleurs, il est souvent nécessaire que le tribunal examine ces événements lorsqu'il exerce le pouvoir discrétionnaire général, que lui confère le par. 24(1), de formuler la réparation convenable et juste eu égard aux circonstances. Comme le juge Martin le souligne, 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.

A constitutional remedy to be fully appropriate and just may have to take into account pre-*Charter* events.

Another crucial consideration will be the nature of the particular constitutional right alleged to be violated. I would agree with the statement of Borins Co. Ct. J. in *R. v. Dickson and Corman* (1982), 3 C.C.C. (3d) 23, at p. 29:

Indeed, it may be that the Constitution defies strict doctrinal characterization as either exclusively retroactive, retrospective or prospective legislation for, as I suggested in the preceding paragraph, different facts may produce different interpretations. The operation of the Constitution in different cases will no doubt involve quite different considerations.

Such an approach seems to me to be consistent with our general purposive approach to the interpretation of constitutional rights. Different rights and freedoms, depending on their purpose and the interests they are meant to protect, will crystallize and protect the individual at different times. Our previous decisions on the retrospective application of the *Charter* are consistent with an approach which pays attention to differences in the purposes of the relevant rights and freedoms. For example, procedural rights will crystallize at the time of the process: *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181. Rights against unreasonable searches and seizures will crystallize at the time of the search and seizure: *R. v. James*, [1988] 1 S.C.R. 669. Substantive guarantees that the accused receive the benefit of his or her subjective mistake of fact crystallize at the time the offence was committed: *R. v. Stevens, supra*. The right against the introduction of self-incriminating evidence crystallizes at the time the evidence is sought to be introduced in a proceeding even although the testimony was originally provided well before the *Charter* came into force: *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350.

Il se peut qu'une réparation fondée sur la Constitution, pour être vraiment convenable et juste, doive tenir compte d'événements antérieurs à la *Charte*.

a

Une autre considération cruciale est la nature du droit constitutionnel particulier qui serait violé. Je suis d'accord avec l'affirmation du juge Borins de la Cour de comté, dans la décision *R. v. Dickson and Corman* (1982), 3 C.C.C. (3d) 23, à la p. 29:

[TRADUCTION] En vérité, il se peut que la Constitution défie toute qualification doctrinale stricte comme étant une loi exclusivement rétroactive, rétrospective ou prospective car, comme je l'ai laissé entendre dans le paragraphe précédent, des faits différents peuvent engendrer des interprétations différentes. La façon dont la Constitution s'applique dans différentes affaires fera sans aucun doute entrer en ligne de compte des considérations fort différentes.

d

Ce point de vue me semble conforme à la façon générale d'interpréter les droits constitutionnels, qui consiste à examiner l'objet visé. Des droits et des libertés différents, selon leur objet et les intérêts qu'ils visent à protéger, se cristalliseront et protégeront l'individu à différents moments. Nos décisions antérieures sur l'application rétroactive de la *Charte* sont compatibles avec un point de vue qui tient compte des différences d'objet des droits et libertés applicables. Par exemple, les droits en matière de procédure se cristallisent au moment où la procédure se déroule: *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181. Les droits à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives se cristallisent au moment de la fouille, de la perquisition ou de la saisie en question: *R. c. James*, [1988] 1 R.C.S. 669. Les garanties, sur le plan du fond, que l'inculpé profite de son erreur de fait subjective se cristallisent au moment où l'infraction est commise: *R. c. Stevens, précité*. Le droit à la protection contre l'utilisation d'un témoignage auto-incriminant se cristallise au moment où l'on cherche à utiliser ce témoignage dans une instance même si, à l'origine, il a été donné bien avant l'entrée en vigueur de la *Charte*: *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350.

e

f

g

h

i

j

Some rights and freedoms in the *Charter* seem to me to be particularly susceptible of current application even although such application will of necessity take cognizance of pre-*Charter* events. Those *Charter* rights the purpose of which is to prohibit certain conditions or states of affairs would appear to fall into this category. Such rights are not designed to protect against discrete events but rather to protect against an ongoing condition of state of affairs. Pre-trial delay under s. 11(b) is a good example: *R. v. Antoine*. Section 15 may also fall into this category. Morden J.A. recognized in *Re McDonald and The Queen* (1985), 21 C.C.C. (3d) 330 (Ont. C.A.) that there was such a thing as a continuing discriminatory practice under s. 15 of the *Charter*. He said at p. 347:

The respondent does not seek what he submits is a retroactive or retrospective application of s. 15, that is, he does not ask to have the steps taken in the proceedings against him before April 17, 1985, set aside or declared void. Rather he says that his submission involves an entirely prospective application of the *Charter*. He seeks only those benefits of the *Young Offenders Act* that would be applicable to the proceedings from April 17, 1985, forward. He submits that regardless of what the case was before April 17, 1985, there is now a situation of inequality that infringes s. 15 and that this situation requires a remedy. I believe that this argument is sustainable on the authorities: cf. *R. v. Antoine* (1983), 41 O.R. (2d) 607, 5 C.C.C. (3d) 97, 148 D.L.R. (3d) 149; *R. v. Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233, 6 D.L.R. (4th) 350, 38 C.R. (3d) 69; *R. v. Langevin* (1984), 45 O.R. (2d) 705, 11 C.C.C. (3d) 336, 8 D.L.R. (4th) 485, and *Re Chapman and The Queen* (1984), 46 O.R. (2d) 65, 12 C.C.C. (3d) 1, 9 D.L.R. (4th) 244. Contrast *Re Latif and Canadian Human Rights Com'n* (1979), 105 D.L.R. (3d) 609, [1980] 1 F.C. 687, 28 N.R. 494, a case concerned with a statute prohibiting discriminatory practices, where it was held that the discriminatory conduct was complete before the statute came into force and was not "a continuing discriminatory practice" (p. 621 D.L.R., p. 700 F.C.).

Another example would be imprisonment or detention in conditions which constitute either an arbitrary deprivation of liberty or cruel and unusu-

Certains droits et certaines libertés contenus dans la *Charte* me semblent particulièrement susceptibles d'être appliqués actuellement même si cette application oblige nécessairement à prendre connaissance d'événements antérieurs à la *Charte*. Les droits garantis par la *Charte* qui ont pour objet d'interdire certaines conditions ou situations sembleraient relever de cette catégorie. De tels droits visent à protéger non pas contre des événements précis et isolés, mais plutôt contre des conditions ou une situation en cours. La question du délai avant le procès, aux termes de l'al. 11b), en est un bon exemple: *R. v. Antoine*. L'article 15 peut aussi relever de cette catégorie. Le juge Morden a reconnu, dans l'arrêt *Re McDonald and The Queen* (1985), 21 C.C.C. (3d) 330 (C.A. Ont.), qu'une pratique discriminatoire continue, cela existe et relève de l'art. 15 de la *Charte*. Voici ce qu'il affirme, à la p. 347:

[TRADUCTION] L'intimé ne cherche pas à obtenir ce qu'il prétend être une application rétroactive ou retrospective de l'art. 15, c'est-à-dire, il ne demande pas que les mesures prises dans l'instance engagée contre lui avant le 17 avril 1985 soient annulées ou déclarées non avenues. Il affirme plutôt que son argument suppose une application entièrement prospective de la *Charte*. Il ne veut profiter que des avantages de la *Loi sur les jeunes contrevenants* qui étaient applicables aux instances engagées à compter du 17 avril 1985. Il fait valoir qu'indépendamment de l'état de la cause avant le 17 avril 1985, il existe maintenant une situation d'inégalité qui est contraire à l'art. 15 et que cette situation exige un redressement. Je crois que cet argument est soutenable selon la jurisprudence: cf. *R. v. Antoine* (1983), 41 O.R. (2d) 607, 5 C.C.C. (3d) 97, 148 D.L.R. (3d) 149; *R. v. Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233, 6 D.L.R. (4th) 350, 38 C.R. (3d) 69, *R. v. Langevin* (1984), 45 O.R. (2d) 705, 11 C.C.C. (3d) 336, 8 D.L.R. (4th) 485, et *Re Chapman and The Queen* (1984), 46 O.R. (2d) 65, 12 C.C.C. (3d) 1, 9 D.L.R. (4th) 244. Comparez avec *Latif c. Commission canadienne des droits de la personne*, [1980] 1 C.F. 687, une affaire concernant une loi interdisant les pratiques discriminatoires où il a été jugé que le comportement discriminatoire avait pris fin avant l'entrée en vigueur de la loi et ne constituait pas «un acte discriminatoire continu» (à la p. 700 C.F.).

Un autre exemple serait l'emprisonnement ou la détention dans des conditions qui constituent soit une atteinte arbitraire à la liberté, soit une peine

al punishment: *R. v. Konechny, supra*; *R. v. Longtin* (1983), 5 C.C.C. (3d) 12 (Ont. C.A.)

Not only will the scope and content of the particular right and freedom be relevant in determining whether an applicant is seeking to have the *Charter* applied prospectively or retrospectively, but the particular facts of the claim will be relevant. For example, in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, s. 15 was not applied because it was being invoked to challenge a pre-*Charter* conviction. Dickson C.J. noted at p. 786:

The retailers in the present appeals opened their stores, were charged and were convicted at a time when the *Charter* did not confer a right to equality before and under the law. Even if it could be said that the *Retail Business Holidays Act* has abridged the retailers' s. 15 rights since April 17, 1985, I cannot see how this might have any bearing on the legality of their convictions or of the Act prior to that time.

Section 15 could not be used to invalidate a discrete pre-*Charter* act, namely a particular conviction. Likewise, in *Jack and Charlie v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 332, the appellants could not invoke their new rights of religious freedom under s. 2(a) of the *Charter* to invalidate their conviction for an offence committed before the coming into force of the *Charter*.

In the context of this case the appellant's *Charter* claim would surely fail if she were invoking s. 7 "to reach back and reverse the liability which clearly existed on the basis of the facts and the law in existence at the time the offences were committed": *R. v. Lucas*; *R. v. Neely* (1986), 27 C.C.C. (3d) 229 (Ont. C.A.), at p. 237. If this were indeed the case, this Court's decision in *Milne* would govern and the continuing status argument would have to be rejected if its object was to overturn a pre-*Charter* conviction and sentence. The appellant would then have been "properly convicted and sentenced" at a time before the *Charter* came into

cruelle et inusitée: *R. v. Konechny, précité*; *R. v. Longtin* (1983), 5 C.C.C. (3d) 12 (C.A. Ont.)

Non seulement la portée et le contenu du droit et de la liberté particuliers sont-ils pertinents quand il s'agit de savoir si le requérant demande une application prospective ou rétroactive de la *Charte*, mais encore les faits particuliers entourant la demande le sont également. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, l'art. 15 n'a pas été appliqué parce qu'il était invoqué pour contester une déclaration de culpabilité antérieure à la *Charte*. Le juge en chef Dickson note, à la p. 786:

En l'espèce, les détaillants ont ouvert leurs magasins, ont été inculpés et déclarés coupables à une époque où la *Charte* ne conférait pas de droit à l'égalité devant la loi. Même si on pouvait dire que la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* porte atteinte aux droits que les détaillants possèdent, en vertu de l'art. 15, depuis le 17 avril 1985, je ne vois pas comment cela pourrait avoir quelque incidence sur la légalité de leurs déclarations de culpabilité ou de la Loi avant cette date.

On ne pouvait recourir à l'art. 15 pour invalider un acte précis et isolé antérieur à la *Charte*, savoir une déclaration de culpabilité particulière. De même, dans l'arrêt *Jack et Charlie c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 332, les appelants ne pouvaient invoquer les nouveaux droits à la liberté religieuse, que leur conférait l'al. 2a) de la *Charte*, pour faire invalider leur déclaration de culpabilité relativement à une infraction commise avant l'entrée en vigueur de la *Charte*.

Dans le présent contexte, l'appelante serait sûrement déboutée de sa demande fondée sur la *Charte* si elle invoquait l'art. 7 [TRADUCTION] «pour faire infirmer rétroactivement la responsabilité qui existait clairement d'après les faits et le droit en vigueur au moment où les infractions ont été commises»: *R. v. Lucas*; *R. v. Neely* (1986), 27 C.C.C. (3d) 229 (C.A. Ont.), à la p. 237. S'il en était vraiment ainsi, l'arrêt *Milne* de cette Cour s'appliquerait et l'argument du statut continu devrait être rejeté s'il avait pour objet de faire renverser une déclaration de culpabilité et une condamnation antérieures à la *Charte*. L'appelante aurait alors été «régulièrement déclarée coupable et condamnée» à une époque antérieure à l'entrée en vigueur

force and she would be left to serve the sentence and pursue her appeal rights in the normal way.

When, as is the case here, the appellant claims a continuing current violation of her liberty interest, it is the duty of the courts to consider her *Charter* claim and, in the context of that claim, to consider pre-*Charter* history to the extent it explains or contributes to what is alleged to be a current *Charter* violation. This is especially true when the pre-*Charter* history is alleged to include unlawful conduct on the part of the Crown. This Court's decision in *Milne* not to allow a pre-*Charter* conviction and sentence to be reviewed in light of subsequent changes in the law and the enactment of the *Charter* was made on the basis that the applicant in that case: "like any other person who is properly convicted and sentenced, he must otherwise serve his sentence according to its tenor" (p. 526, emphasis added). In the case at hand the overwhelmingly significant fact is that the applicant was not "properly convicted and sentenced". She was convicted and sentenced under the wrong law. In short this is not a case in which an applicant is trying to avoid having the law as it existed at the time of the offence applied to him or her. It is the very opposite. The appellant has not had the proper law applied to her situation, nor can she have it now.

In *Milne* this Court rightly refused to apply "existing law" (p. 520) to a pre-*Charter* conviction and sentence which was proper according to the law in force at the time of the conviction and sentence or to apply the *Charter* so as to vitiate a sentence valid and proper at the time it was imposed. But that is not this case. The appellant's case is that the parole ineligibility provision in her sentence violates her liberty interest under s. 7 of the *Charter* and that the current ongoing operation of that provision is itself unlawful. This unlawfulness is part of the pre-*Charter* history, indeed a very significant part of it and has, in the appel-

de la *Charte* et il ne lui resterait plus qu'à purger sa peine et à exercer ses droits d'appel selon la procédure normale.

Lorsque, comme en l'espèce, l'appelante prétend qu'il y a actuellement violation continue de son droit à la liberté, les tribunaux se doivent d'examiner sa demande fondée sur la *Charte* et, dans le cadre de cette demande, d'examiner les événements antérieurs à la *Charte* dans la mesure où ils expliquent ce qui constituerait une violation actuelle de la *Charte* ou y contribuent. Cela est particulièrement vrai lorsqu'on allègue que les événements antérieurs à la *Charte* incluent un comportement illicite de la part du ministère public. La décision de cette Cour, dans l'affaire *Milne*, de ne pas autoriser la révision d'une déclaration de culpabilité et d'une condamnation antérieures à la *Charte*, en fonction de modifications subséquentes apportées au droit et de l'adoption de la *Charte*, a été prise parce que le requérant dans cette affaire, «comme toute autre personne qui est régulièrement déclarée coupable et condamnée, [...] doit par ailleurs purger intégralement sa peine» (p. 526, je souligne). Dans la présente affaire, le fait le plus significatif est que la requérante n'a pas été «régulièrement déclarée coupable et condamnée». Elle a été déclarée coupable et condamnée en vertu de la mauvaise loi. En bref, il ne s'agit pas ici d'un cas où le requérant tente d'éviter que la loi qui existait au moment de l'infraction lui soit appliquée. C'est exactement le contraire. La bonne loi n'a pas été appliquée au cas de l'appelante et elle ne peut, non plus, l'être maintenant.

Dans l'arrêt *Milne*, cette Cour a refusé à bon droit d'appliquer la «loi existante» (p. 520) à une déclaration de culpabilité et à une condamnation antérieures à la *Charte* mais régulières selon le droit en vigueur à l'époque où elles ont été prononcées, ou d'appliquer la *Charte* de manière à entacher de nullité une peine qui était valide et régulière au moment où elle a été infligée. Mais tel n'est pas le cas en l'espèce. La thèse de l'appelante est que la condition de sa sentence, prescrivant l'inadmissibilité à la libération conditionnelle, viole le droit à la liberté que lui garantit l'art. 7 de la *Charte* et que la continuation actuelle de l'applica-

lant's submission, largely contributed to her current continuing unconstitutional detention.

B) *Jurisdiction of the Ontario Courts*

The trial judge held that the Ontario courts did not have jurisdiction to entertain the appellant's application for *habeas corpus* and *Charter* relief under s. 24(1) of the *Charter*. Watt J. stated:

Further, it should be pointed out that the offence here committed, as well as all trial and appellate proceedings, save the application for leave to appeal and the present application, took place before Courts of competent jurisdiction in the Province of Alberta. The applicant's sole connection with this province is her confinement in the Prison for Women at Kingston, Ontario, in default of such a facility in the province of her conviction.

Accepting that the appellant's sole connection with Ontario is her confinement in this province over the past 12 years, I do not believe that the fact she was convicted and sentenced in Alberta deprives the Superior Court of Ontario of its traditional jurisdiction to issue a writ of *habeas corpus ad subjiciendum* to those in the province detaining a person in the province for the purpose of reviewing the legality of that detention or confinement. Where the courts of Ontario have jurisdiction over the subject matter and the person, it seems to me that they may, under the broad provisions of s. 24(1) of the *Charter*, grant such relief as it is within their jurisdiction to grant and as they consider appropriate and just in the circumstances: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863.

The remedy of *habeas corpus ad subjiciendum* has traditionally run from the courts of the jurisdiction in which the person seeking review of the legality of his or her detention is confined: *R. v. Riel* (1885), 2 Man. L.R. 302 (Man. Q.B.); *Ex parte Stather* (1886), 25 N.B.R. 374 (N.B.S.C.); *R. v. Holmes*, [1932] 3 W.W.R. 76 (Man. K.B.);

tion de cette condition est illicite en soi. Ce caractère illicite fait partie des événements antérieurs à la *Charte* et représente en fait une partie fort importante de ceux-ci, et il a, soutient l'appelante, a largement contribué à la continuation inconstitutionnelle de sa détention.

B) *La compétence des tribunaux ontariens*

Le juge du procès a conclu que les tribunaux ontariens n'avaient pas compétence pour instruire la requête de l'appelante visant à obtenir un bref d'*habeas corpus* et une réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*. Le juge Watt a affirmé:

[TRADUCTION] En outre, il faudrait souligner que l'infraction commise en l'espèce, de même que toutes les procédures de première instance et d'appel, sauf la demande d'autorisation d'appel et la requête actuelle, ont été examinées par les tribunaux compétents de la province d'Alberta. Le seul lien qu'a la requérante avec cette province-ci, c'est son incarcération dans la prison des femmes de Kingston (Ontario), faute d'établissement de ce genre dans la province où elle a été reconnue coupable.

Tout en admettant que le seul lien de l'appelante avec l'Ontario soit son incarcération dans cette province au cours des 12 dernières années, je ne crois pas que le fait qu'elle ait été reconnue coupable et condamnée en Alberta empêche la cour supérieure de l'Ontario d'exercer la compétence traditionnelle qu'elle possède pour décerner un bref d'*habeas corpus ad subjiciendum* à des gens de la province qui détiennent une personne dans la province, afin d'examiner la légalité de cette détention ou incarcération. Lorsque les tribunaux de l'Ontario ont compétence *ratione materiae* et *ratione personae*, il me semble qu'ils peuvent, en vertu des dispositions générales du par. 24(1) de la *Charte*, accorder toute réparation qui relève de leur compétence et qu'ils estiment convenable et juste eu égard aux circonstances: *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863.

Le bref d'*habeas corpus ad subjiciendum* comme mesure de redressement, a traditionnellement été décerné par les tribunaux du ressort où est incarcérée la personne qui demande l'examen de la légalité de sa détention: *R. v. Riel* (1885), 2 Man. L.R. 302 (B.R. Man.); *Ex parte Stather* (1886), 25 N.B.R. 374 (C.S.N.-B.); *R. v. Holmes*,

Laflamme v. Renaud (1945), 84 C.C.C. 153 (Que. S.C.) In *Ex parte Stather* the New Brunswick Court of Appeal rejected the submission that an accused convicted and sentenced by the courts of Nova Scotia could not have the legality of his detention in Dorchester Penitentiary, New Brunswick, reviewed by way of *habeas corpus* in the courts of New Brunswick. As Palmer J. noted at p. 378:

It would appear to be absurd that a person could be deprived of his personal liberty illegally, merely because he was placed in the Dominion Penitentiary and be without remedy. It is clear he could not apply to the Court of Nova Scotia, for it has no officers here, and its process would have no force in this Province and could not be executed here.

The commentators seem to agree that *habeas corpus* proceedings can be pursued in the courts of the province of the alleged illegal detention: see G. Létourneau, *The Prerogative Writs in Canadian Criminal Law and Procedure* (1976), at pp. 310-12; D. A. Cameron Harvey, *The Law of Habeas Corpus in Canada* (1974), at pp. 66 ff.; R. J. Sharpe, *The Law of Habeas Corpus* (1976), at p. 191, note 5.

Moreover, allowing the courts of the jurisdiction in which the prisoner is confined to entertain an application for the writ makes good practical sense because the writ will be served on those responsible for the confinement of the prisoner so that he or she can be brought before the court: see *R. v. Holmes, supra*. In the present case, for example, the writ was intended to issue to the Warden of the Prison for Women in Kingston. Although we did not reach the jurisdictional issue in *Milne*, the case demonstrates the virtue of *habeas corpus* being available in the province of detention. *Milne*, who was in custody in Ontario, launched his *Charter* challenge against the lawfulness of his continuing detention by way of an application for *habeas corpus* in the Ontario courts although he was originally convicted and sentenced in British Columbia.

[1932] 3 W.W.R. 76 (B.R. Man.); *Laflamme v. Renaud* (1945), 84 C.C.C. 153 (C.S. Qué.) Dans l'arrêt *Ex parte Stather*, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a rejeté l'argument selon lequel un accusé reconnu coupable et condamné par les tribunaux de la Nouvelle-Écosse ne pouvait faire examiner la légalité de sa détention au pénitencier de Dorchester (Nouveau-Brunswick), par voie d'*habeas corpus* devant les tribunaux du Nouveau-Brunswick. Comme le juge Palmer le souligne, à la p. 378:

[TRADUCTION] Il serait absurde que l'on puisse priver illégalement une personne de sa liberté simplement parce qu'elle a été placée dans un pénitencier du Dominion et qu'elle soit alors sans recours. Il est clair qu'elle ne pouvait s'adresser à la Cour de la Nouvelle-Écosse puisque celle-ci n'a aucun officier ici et que son acte de procédure resterait sans effet dans notre province et ne pourrait être exécuté ici.

Les glossateurs semblent convenir que des procédures visant à obtenir un bref d'*habeas corpus* peuvent être engagées devant les tribunaux de la province où il y aurait détention illégale: voir G. Létourneau, *The Prerogative Writs in Canadian Criminal Law and Procedure* (1976), aux pp. 310 à 312; D. A. Cameron Harvey, *The Law of Habeas Corpus in Canada* (1974), aux pp. 66 et suiv.; R. J. Sharpe, *The Law of Habeas Corpus* (1976), à la p. 191, note 5.

En outre, autoriser les tribunaux du ressort où est incarcéré le détenu à entendre une demande de bref d'*habeas corpus* est justifié en pratique, puisque le bref sera signifié aux autorités responsables de l'incarcération du détenu de manière à ce qu'il puisse comparaître devant le tribunal: voir la décision *R. v. Holmes*, précitée. En l'espèce, par exemple, on voulait que le bref soit décerné au directeur de la prison des femmes de Kingston. Bien que nous n'ayons pas abordé la question de la compétence dans l'arrêt *Milne*, cet arrêt démontre l'avantage que comporte la possibilité de recourir à l'*habeas corpus* dans la province de détention. *Milne*, qui était détenu en Ontario, a amorcé sa contestation, fondée sur la *Charte*, de la légalité de la continuation de sa détention par une demande d'*habeas corpus* devant les tribunaux ontariens même si, au départ, il avait été reconnu coupable et condamné en Colombie-Britannique.

The traditional concerns regarding the ready availability of *habeas corpus* to prisoners in the jurisdiction in which they are confined are accentuated by the crucial role that superior courts play under s. 24(1) of the *Charter* as courts with “constant, complete and concurrent jurisdiction for s. 24(1) applications”: see *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, at pp. 603-4. As my colleague, Lamer J., pointed out in *Mills* at p. 899:

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.

Superior courts would needlessly hinder the enforcement of rights if they refused to hear *habeas corpus* applications from prisoners detained within their jurisdiction.

The respondent submits that the appellant should seek relief by appealing her sentence in Alberta. Even if an appeal of sentence in Alberta were open to the appellant at this late date, I do not believe that in the circumstances of this case the superior courts would be justified in declining to exercise their concurrent jurisdiction on that ground. Given 1) the time that has elapsed since the original sentencing; 2) the appellant’s legitimate expectation after the outcome of her appeal from conviction that the sentence was “one fixed by law” and thus not appealable under s. 603(1)(b) of the *Criminal Code*; and 3) the fact that she claims an ongoing and continuing violation of her *Charter* rights as a matter of some urgency, this would not appear to be a case in which it would have been appropriate for the superior court, had it recognized its jurisdiction, to decline to exercise it. A superior court by exercising its jurisdiction in this case would not have interfered with the orderly administration of justice by displacing a more appropriate appeal process. Indeed, it is doubtful whether the appellant’s *Charter* claims could at this late stage be considered in the Alberta courts on an ordinary sentence appeal. Accordingly, the basic principle enunciated in *Mills* and *Rahey* that there must always be a court of competent jurisdiction to

Le souci traditionnel d’assurer aux détenus la possibilité de recourir à l’*habeas corpus* dans le ressort où ils sont incarcérés se trouve accentué par le rôle crucial que jouent les cours supérieures en vertu du par. 24(1) de la *Charte* en tant que tribunaux ayant «compétence concurrente, permanente et complète» à l’égard des demandes fondées sur le par. 24(1)»: voir *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, aux pp. 603 et 604. Comme mon collègue le juge Lamer le souligne dans l’arrêt *Mills*, à la p. 899:

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 cours supérieures limiteraient inutilement l’exercice des droits si elles refusaient d’entendre les demandes d’*habeas corpus* émanant de détenus incarcérés dans leur ressort.

L’intimée fait valoir que l’appelante devrait plutôt interjeter appel de sa sentence en Alberta. Même si l’appelante pouvait aussi tardivement en appeler de sa sentence en Alberta, je ne crois pas que, dans les circonstances de l’espèce, les cours supérieures seraient justifiées de refuser d’exercer leur compétence concurrente pour ce motif. Étant donné 1) le temps écoulé depuis le prononcé initial de la sentence, 2) le fait que l’appelante, à l’issue de son appel de la déclaration de culpabilité, pouvait légitimement s’attendre que la sentence serait «de celles que fixe la loi» et donc sans appel selon l’al. 603(1)(b) du *Code criminel*, et 3) le fait qu’elle prétend que la violation continue des droits garantis par la *Charte* revêt un caractère relativement urgent, cela ne semble pas être un cas où il convient que la cour supérieure, si elle reconnaît avoir compétence, refuse de l’exercer. Une cour supérieure, en exerçant sa compétence en l’espèce, n’aurait pas entravé l’administration régulière de la justice en se substituant à une juridiction d’appel plus appropriée. D’ailleurs, il est douteux que les demandes de l’appelante fondées sur la *Charte* puissent être examinées aussi tardivement par les tribunaux albertains dans le cadre d’un appel de sentence ordinaire. Par conséquent, le principe fondamental énoncé dans les arrêts *Mills* et *Rahey*, selon lequel il doit toujours y avoir un tribunal

entertain a s. 24(1) application comes into play. In this context I find the following formulation offered in dissent by Cartwright C.J. in *Sanders v. The Queen*, [1970] S.C.R. 109, at p. 126, very helpful:

When I say the appellant is left without remedy, I have not overlooked the fact that the Court of Appeal for British Columbia had, and I suppose still has, power to extend the time for appealing to that Court; but the appellant cannot claim such an extension as a right, he can but seek it as an indulgence.

If the superior court were not available to the appellant, she could very well be left without a remedy for the alleged violation of her *Charter* rights and that is not a situation which a court should countenance if it has the means to avoid it.

The Ontario Court of Appeal in their brief reasons for judgment based their decision on a concept analogous to *forum non conveniens* in private international law. They declined jurisdiction on the basis that there was another forum better able to deal with the matter: see *Antares Shipping Corp. v. The Ship "Capricorn"*, [1977] 2 S.C.R. 422. The Court of Appeal concluded:

In our judgment, the proper forum for the determination of the issues that arise in this case is Alberta: that province is where the crime was committed, where the full record of the proceedings is located and where the order and warrant for committal were issued. The courts of that province are, in our opinion, best able to determine whether the appellant should have properly been found guilty of murder punishable by imprisonment for life, and if so, what the proper period of parole ineligibility should be.

The superior courts do unquestionably have a discretion to decline to exercise their jurisdiction if the normal trial and appeal process is better suited to vindicate the interests at stake (*Re Krakowski and The Queen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 188 (Ont. C.A.); *Re Anson and The Queen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 119 (B.C.C.A.)) but this discretion should, in my view, be exercised with due regard to the constitutionally mandated need to provide prompt and effective enforcement of *Charter* rights espe-

compétent pour instruire une demande fondée sur le par. 24(1), joue. Dans ce contexte, je trouve fort utile la formulation suivante, présentée en dissidence par le juge en chef Cartwright dans l'arrêt *a Sanders c. La Reine*, [1970] R.C.S. 109, à la p. 126:

Quand je dis que l'appelant reste sans recours, je n'oublie pas que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait, et a encore, je le suppose, le pouvoir de proroger le délai d'appel. Mais l'appelant ne peut réclamer une telle prorogation comme un droit; il ne peut la demander que par faveur.

Si l'appelante ne pouvait s'adresser à la cour supérieure, elle pourrait fort bien se trouver sans recours face à la violation alléguée des droits que lui garantit la *Charte* et ce n'est pas là une situation qu'un tribunal devrait tolérer s'il avait les moyens de l'éviter.

La Cour d'appel de l'Ontario, dans de brefs motifs de jugement, fonde sa décision sur un concept analogue à celui du *forum non conveniens* qui existe en droit international privé. Elle a refusé d'exercer sa compétence en raison de l'existence d'un autre ressort mieux en mesure de statuer sur l'affaire: voir *Antares Shipping Corp. c. Le navire «Capricorn»*, [1977] 2 R.C.S. 422. La Cour d'appel conclut:

[TRADUCTION] À notre avis, le ressort indiqué pour statuer sur les questions qui se posent en l'espèce est l'Alberta: c'est dans cette province que le crime a été commis, que se trouve le dossier complet de l'instance et qu'ont été délivrés l'ordonnance et le mandat de dépôt. Ce sont les tribunaux de cette province, à notre avis, qui sont les mieux en mesure de juger si l'appelante aurait dû être reconnue coupable d'un meurtre punissable de l'emprisonnement à perpétuité et, dans l'affirmative, de décider quelle devrait être la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle.

Les cours supérieures ont, sans aucun doute, le pouvoir discrétionnaire de refuser d'exercer leur compétence si la procédure normale de procès et d'appel est celle qui convient mieux pour faire valoir les intérêts en jeu (*Re Krakowski and The Queen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 188 (C.A. Ont.); *Re Anson and The Queen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 119 (C.A.C.-B.)), mais j'estime que ce pouvoir discrétionnaire devrait être exercé en tenant dûment compte de la nécessité imposée par la Constitution

cially when, as is the case here, an ongoing and continuing violation of a *Charter* right is alleged and the superior court is being asked to exercise its traditional function to determine the legality of an ongoing deprivation of liberty. This Court has previously recognized “the importance of the local accessibility of this remedy” of *habeas corpus* because of the traditional role of the court as “a safeguard of the liberty of the subject”: *R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613, at pp. 624-25. Relief in the form of *habeas corpus* should not be withheld for reasons of mere convenience.

The respondent in his written submissions asserts not only that the courts of Ontario do not have jurisdiction to entertain the appellant’s application but, in the alternative, that the appellant must seek relief in the Federal Court. This alternative claim is without merit in light of this Court’s recent decisions affirming and upholding the traditional jurisdiction of provincial superior courts in *habeas corpus* matters: see *R. v. Miller, supra*, at pp. 624-25; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Morin v. National Special Handling Unit Review Committee*, [1985] 2 S.C.R. 662; *Dumas v. Leclerc Institute*, [1986] 2 S.C.R. 459; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536, at p. 557. Although the respondent is quite right in pointing out that the *Charter* does not create a “parallel system for the administration of *Charter* rights over and above the machinery already available for the administration of justice” and that the court’s new responsibilities under s. 24(1) can “be fitted into the existing scheme of Canadian legal procedure” (*Mills*, at pp. 971 and 953), he does no credit to that existing system by attempting to place procedural roadblocks in the way of someone like the appellant who is seeking to vindicate one of the citizens’ most fundamental rights in the traditional and appropriate forum.

In my view, the fact that the appellant is currently imprisoned in Ontario and alleges that her

de donner promptement et efficacement effet aux droits conférés par la *Charte*, surtout lorsque, comme en l’espèce, on allègue la continuation d’une violation d’un droit garanti par la *Charte* et qu’on demande à la cour supérieure de remplir sa fonction traditionnelle et de juger de la légalité de la continuation d’une privation de liberté. Cette Cour a déjà reconnu d’importance de voir à ce qu’il soit possible d’obtenir ce recours [de l’*habeas corpus*] à l’échelon local», en raison du rôle traditionnel de la cour, qui est d’assurer la «protection de la liberté individuelle»: *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613, à la p. 625. Le redressement sous la forme d’un *habeas corpus* ne devrait pas être refusé pour de simples raisons de commodité.

L’intimée, dans son mémoire, affirme non seulement que les tribunaux de l’Ontario n’ont pas compétence pour instruire la demande de l’appelante, mais encore, subsidiairement, que l’appelante doit s’adresser à la Cour fédérale. Ce moyen subsidiaire est sans fondement compte tenu des récentes décisions de cette Cour confirmant la compétence traditionnelle des cours supérieures provinciales en matière d’*habeas corpus*: voir *R. c. Miller*, précité, aux pp. 624 et 625; *Cardinal c. Directeur de l’établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Morin c. Comité national chargé de l’examen des cas d’unités spéciales de détention*, [1985] 2 R.C.S. 662; *Dumas c. Centre de détention Leclerc*, [1986] 2 R.C.S. 459; *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536, à la p. 557. Bien que l’intimée ait raison de dire que la *Charte* ne crée pas «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» et que les nouvelles responsabilités de la cour en vertu du par. 24(1) peuvent «s’insérer dans le système actuel de la procédure judiciaire canadienne» (*Mills*, aux pp. 971 et 953), elle ne sert guère le système actuel quand elle cherche à placer des barrières de procédure sur le chemin de quelqu’un qui, à l’instar de l’appelante, cherche à faire valoir l’un des droits les plus fondamentaux du citoyen devant le tribunal traditionnellement compétent.

À mon avis, le fait que l’appelante soit actuellement détenue en Ontario et qu’elle allègue que la

continued imprisonment pursuant to the condition in her sentence that she not be eligible for parole for 25 years violates her *Charter* rights is sufficient to give the superior courts of Ontario jurisdiction to determine the legality of her detention.

C) *Habeas Corpus Jurisdiction*

A variety of arguments were made by the respondent and the interveners to the effect that the requested review and subsequent relief could not be undertaken under the *habeas corpus* jurisdiction of a superior court. Several of these arguments were accepted by the trial judge. One objection was that the review requested was directed at overturning the conviction and sentencing of the appellant and required more extensive review of the merits than is permitted by a court exercising its *habeas corpus* jurisdiction. Another objection was raised to the use of the Ontario superior courts to review a criminal trial conducted by a superior court in another province. It was also claimed that *habeas corpus* review could not be directed at illegal conditions of parole eligibility but was only available when its purpose was to secure the complete liberty of the subject. I propose to address each of these objections. I should say, however, that I am not persuaded by any of them in the context of the present case.

The principal objection to the availability of *habeas corpus* in this case is based, I believe, on a misunderstanding of the appellant's claim. Watt J. concluded at trial that to entertain the appellant's claim "would be to transform the present proceedings by way of *habeas corpus* from a jurisdictional inquiry to an appeal on the merits" of both the conviction and the sentence. If this were indeed the case, the appellant would most likely be denied relief by way of *habeas corpus* because of this Court's decisions not to allow *habeas corpus* to be used to circumvent the ordinary appeal procedures established in the *Criminal Code*: see *Re Trepanier* (1885), 12 S.C.R. 111; *Re Sproule* (1886), 12 S.C.R. 140, at p. 204; *Goldhar (No. 2) v. The*

continuation de sa détention, conformément à la condition de sa sentence prescrivant qu'elle purge 25 années avant d'être admissible à la libération conditionnelle, viole les droits que lui confère la *a Charle*, suffit pour attribuer aux cours supérieures de l'Ontario compétence pour décider de la légalité de sa détention.

C) *La compétence en matière d'habeas corpus*

L'intimée et les intervenants ont avancé divers arguments portant qu'une cour supérieure ne pouvait se servir de sa compétence en matière d'*habeas corpus* pour effectuer la révision et accorder le redressement consécutif réclamés par l'appellante. Le juge du procès a accepté plusieurs de ces arguments. L'une des objections était que la révision demandée visait à faire infirmer la déclaration de culpabilité et la condamnation de l'appellante et qu'elle exigeait un examen sur le fond plus poussé que ne pouvait se permettre un tribunal exerçant sa compétence en matière d'*habeas corpus*. Une autre objection soulevée concernait le recours aux cours supérieures ontariennes pour faire réviser un procès criminel tenu devant une cour supérieure d'une autre province. On a aussi prétendu que la révision par voie d'*habeas corpus* ne pouvait porter sur des conditions illégales d'admissibilité à la libération conditionnelle et qu'on ne pouvait y recourir que pour obtenir la mise en liberté complète du sujet. Je me propose d'aborder chacune de ces objections. Je dois dire cependant qu'aucune ne me convainc dans le contexte de la présente *g* affaire.

L'objection principale à la possibilité de recourir à l'*habeas corpus* en l'espèce est fondée, je crois, sur une mauvaise compréhension de la demande de l'appellante. Le juge Watt a conclu au procès qu'instruire la demande de l'appellante [TRADUCTION] «serait transformer la présente procédure en *habeas corpus* d'un examen touchant à la compétence en un appel sur le fond» tant de la déclaration de culpabilité que de la sentence. Si c'était vraiment le cas, l'appellante verrait fort probablement son recours en *habeas corpus* rejeté en raison des décisions de cette Cour de ne pas permettre le recours à l'*habeas corpus* pour contourner la procédure ordinaire d'appel établie dans le *Code criminel*: voir *Re Trepanier* (1885), 12 R.C.S. 111;

Queen, [1960] S.C.R. 431, at p. 439; *Morrison v. The Queen*, [1966] S.C.R. 356; *Karchesky v. The Queen*, [1967] S.C.R. 547, at p. 551; *Korponay v. Kulik*, [1980] 2 S.C.R. 265. Moreover, since this Court denied leave to appeal the conviction on October 3, 1978, the interests of finality of criminal convictions and the principle of *res judicata* would apply: see *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246, at pp. 257-58.

The respondent also argued that the review sought amounted to a form of collateral attack on the sentence which is impermissible under this Court's decision in *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594. This argument is based on the same faulty characterization of the appellant's claim and also on a misinterpretation of the judgment in *Wilson* which was not addressed to challenges by way of the prerogative writs (see pp. 599 and 614).

None of the foregoing decisions dealing with the protection of the integrity of the appeal process and the finality of criminal convictions apply to the present case because the Ontario Court of Appeal, in my view, correctly characterized the appellant's claim when it said:

The appellant is not challenging the validity of her conviction or of the sentence of life imprisonment imposed upon her. She alleges that by reason of the *Charter*, the sentence of the Alberta court fixing her period of parole ineligibility at twenty-five years is no longer valid.

In *Dumas v. Leclerc Institute*, *supra*, this Court examined the availability of *habeas corpus* in the parole context. My colleague, Lamer J., stated at p. 464:

In the context of correctional law, there are three different deprivations of liberty: the initial deprivation of liberty, a substantial change in conditions amounting to a further deprivation of liberty, and a continuation of the deprivation of liberty.

Re Sproule (1886), 12 R.C.S. 140, à la p. 204; *Goldhar (No. 2) v. The Queen*, [1960] R.C.S. 431, à la p. 439; *Morrison v. The Queen*, [1966] R.C.S. 356; *Karchesky v. The Queen*, [1967] R.C.S. 547, à la p. 551; *Korponay c. Kulik*, [1980] 2 R.C.S. 265. En outre, comme cette Cour a refusé l'autorisation de se pourvoir contre la déclaration de culpabilité le 3 octobre 1978, l'intérêt à ce que les déclarations de culpabilité au criminel soient définitives et le principe de l'autorité de la chose jugée jouent: voir *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246, aux pp. 257 et 258.

L'intimée soutient aussi que la révision demandée est une forme de contestation indirecte de la sentence, ce qui est interdit en vertu de l'arrêt de cette Cour *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594. Cet argument est fondé sur la même qualification fautive de la demande de l'appelante et aussi sur une interprétation erronée de l'arrêt *Wilson* qui ne porte pas sur les contestations par voie de brefs de prérogative (voir les pp. 599 et 614).

Aucun des arrêts précités, qui traitent de la protection de l'intégrité de la procédure d'appel et du caractère définitif des déclarations de culpabilité au criminel, ne s'applique en l'espèce puisque, à mon avis, la Cour d'appel de l'Ontario a qualifié correctement la demande de l'appelante lorsqu'elle a dit:

[TRADUCTION] L'appelante ne conteste pas la validité de sa déclaration de culpabilité ou de la peine d'emprisonnement à perpétuité qui lui a été infligée. Elle soutient qu'en raison de la *Charte* la sentence du tribunal albertain qui fixe à vingt-cinq ans sa période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle n'est plus valide.

Dans l'affaire *Dumas c. Centre de détention Leclerc*, précitée, cette Cour a examiné la possibilité de recourir à l'*habeas corpus* dans le contexte de la libération conditionnelle. Mon collègue le juge Lamer affirme, à la p. 464:

Dans le contexte du droit correctionnel, il existe trois sortes de privation de liberté: la privation initiale de liberté, une modification importante des conditions d'incarcération qui équivaut à une nouvelle privation de liberté et la continuation de la privation de liberté.

In *Dumas*, as in this case, it was the continuation of the deprivation of liberty that was being challenged and the Court concluded at p. 464:

The continuation of an initially valid deprivation of liberty can be challenged by way of *habeas corpus* only if it becomes unlawful.

In this case the appellant claims that her continued deprivation of liberty by operation of the 25-year parole ineligibility provision has become unlawful by reason of the enactment of the *Charter*. That provision in her sentence, she submits, precludes any consideration by the Parole Board of parole for her until the expiration of the 25-year period. She alleges, therefore, that she is suffering a continued deprivation of her liberty which is unlawful by virtue of s. 7 of the *Charter*.

In general, applicants for *Charter* relief should, I believe, be allowed a reasonable measure of flexibility in framing their claims for relief in light of the interests the *Charter* rights on which they rely were designed to protect. In *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, I suggested (at p. 381) that in order to avoid a "restrictive approach to *Charter* remedies" an individual should be able to challenge his or her status as a dangerous offender subject to an indeterminate sentence without necessarily having to attack the conviction or finding of guilt:

The appellant might well have felt that he would not succeed in a claim under s. 24(1) to set his conviction aside, that the Court would not view this as the appropriate and just remedy in the circumstances, but that it might consider it appropriate and just to set aside the order for additional punishment. I would resist any suggestion that an accused alleging a violation of his *Charter* rights must claim all or nothing.

In this case the appellant, for obvious reasons, has deliberately avoided framing her claim as an attempt to overturn her original conviction or sentence. It should not therefore be unnecessarily construed as such to her detriment. She should be allowed, rather, to seek the relief she believes best suited to the vindication of her rights.

Dans l'affaire *Dumas*, comme en l'espèce, c'était la continuation de la privation de liberté qui était contestée et la Cour a conclu, à la p. 464:

La continuation d'une privation de liberté valide initialement ne peut être contestée par voie d'*habeas corpus* que si elle devient illégale.

En l'espèce, l'appelante prétend que la continuation de sa privation de liberté en vertu de la disposition qui fixe à 25 ans la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle est devenue illégale en raison de l'adoption de la *Charte*. Cette condition de sa sentence, soutient-elle, interdit à la Commission des libérations conditionnelles d'examiner son cas avant l'expiration du délai de 25 ans. Elle fait valoir, par conséquent, que la continuation de sa privation de liberté est illégale en vertu de l'art. 7 de la *Charte*.

En général, les personnes qui demandent une réparation fondée sur la *Charte* doivent, je crois, jouir d'un degré raisonnable de latitude dans la formulation de leurs demandes de redressement, compte tenu des intérêts que les droits garantis par la *Charte* qu'ils invoquent visent à protéger. Dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, j'ai proposé (à la p. 381) qu'afin d'éviter «une façon très restrictive d'aborder les réparations prévues par la *Charte*», un individu puisse contester son statut de délinquant dangereux condamné à une peine indéterminée sans avoir nécessairement à contester la déclaration de culpabilité:

Il se pourrait bien que l'appelant ait cru qu'une demande fondée sur le par. 24(1) visant à obtenir l'annulation de la déclaration de culpabilité ne réussirait pas, que la cour ne considérerait pas cela comme une réparation convenable et juste eu égard aux circonstances, mais qu'elle pourrait juger convenable et juste d'annuler l'ordonnance imposant une peine supplémentaire. Je repousse toute idée selon laquelle un accusé qui allègue une violation des droits que lui garantit la *Charte* doit tout réclamer ou rien du tout.

En l'espèce, l'appelante, pour des raisons évidentes, a délibérément évité de formuler sa demande comme une tentative de faire infirmer sa déclaration de culpabilité ou sa sentence initiales. Elle ne devrait donc pas inutilement être interprétée comme telle à son détriment. On devrait lui permettre plutôt de demander la réparation qui, à son sens, convient le mieux pour faire valoir ses droits.

Our earlier discussion of the retrospectivity issue also points up the importance of the way in which a *Charter* claim is framed. The appellant attacks her current detention as violating her constitutional rights. She does not attack her pre-*Charter* conviction and sentence. This is no doubt the course of prudence on her part designed to avoid a charge of retrospectivity. I see no possible objection to a litigant's presenting his or her claim in its strongest possible light.

In *Miller, supra*, this Court expressed the view that *certiorari* should be allowed in aid of the provincial superior court's traditional *habeas corpus* jurisdiction. The respondent submits that in this case the appellant is requesting *certiorari* to quash her conviction in violation of s. 710 of the *Criminal Code*. Again the respondent relies on a faulty characterization of the appellant's claim as being an attempt to have her conviction or sentence reviewed on the merits as if it were an appeal. In my view, this is simply not so.

The respondent claims and the trial judge accepted that the review requested in this case would exceed the jurisdictional nature of the review contemplated by way of *habeas corpus*. I do not find this argument persuasive since rendering a conviction and sentence under the wrong provisions of the *Criminal Code* seems to me clearly to constitute jurisdictional error. Certainly the defect is apparent on the face of the warrant of committal and an appreciation of the error does not require a re-trial on the merits or an evaluation of the evidence presented at trial. Even before this Court's decision in *Miller*, where a warrant of committal was defective on its face, *habeas corpus* could "lie to put an end to what is a manifestly unlawful detention": see *Ex parte Risby* (1975), 24 C.C.C. (2d) 211 (B.C.S.C.), at p. 215.

There is no doubt that considerable uncertainty has clouded the scope of review open to a court on an application for *habeas corpus* (see Sharpe, op.

Notre précédente analyse de la question de la rétroactivité montre aussi l'importance du libellé d'une demande fondée sur la *Charte*. L'appelante conteste sa détention actuelle pour le motif qu'elle viole ses droits constitutionnels. Elle ne conteste pas sa déclaration de culpabilité ni sa sentence prononcées antérieurement à la *Charte*. C'est là sans aucun doute une marque de prudence de sa part, en vue d'éviter tout reproche fondé sur la rétroactivité. Je ne vois pas pourquoi on s'opposerait à ce qu'un justiciable présente sa demande sous l'angle le plus favorable.

Dans l'arrêt *Miller*, précité, cette Cour a exprimé l'avis qu'un *certiorari* devrait être accordé auxiliairement à la compétence traditionnelle de la cour supérieure provinciale en matière d'*habeas corpus*. L'intimée soutient qu'en l'espèce l'appelante demande un *certiorari* pour faire annuler sa déclaration de culpabilité, contrairement à l'art. 710 du *Code criminel*. Ici encore, l'intimée se fonde sur une qualification fautive de la demande de l'appelante, comme étant une tentative de faire réviser au fond sa déclaration de culpabilité ou sa sentence, comme s'il s'agissait d'un appel. À mon avis, ce n'est tout simplement pas le cas.

L'intimée prétend que la révision demandée en l'espèce irait plus loin que l'examen juridictionnel envisagé dans le cas d'un *habeas corpus*, ce qui a été accepté par le juge du procès. Je ne trouve pas cet argument convaincant puisque prononcer une déclaration de culpabilité et une sentence en vertu des mauvaises dispositions du *Code criminel* me semble constituer clairement une erreur de compétence. Le vice est certainement apparent à la lecture même du mandat de dépôt et l'appréciation de l'erreur n'exige ni un nouveau procès sur le fond ni une évaluation des éléments de preuve soumis au procès. Même avant l'arrêt *Miller* de cette Cour, lorsqu'un mandat de dépôt était entaché d'un vice apparent, il était possible de [TRADUCTION] «recourir [à l'*habeas corpus*] pour mettre fin à ce qui constitue manifestement une détention illégale»: voir *Ex parte Risby* (1975), 24 C.C.C. (2d) 211 (C.S.C.-B.), à la p. 215.

Il ne fait pas de doute que la portée de l'examen que peut faire le tribunal saisi d'une demande d'*habeas corpus* est entourée de beaucoup d'incer-

cit., c. 3; Létourneau, *op. cit.*, cc. 2 and 6) and it is understandable that courts have, in general, not bound themselves to limited categories or definitions of jurisdictional review when the liberty of the subject was at stake. I think that this trend should be affirmed where *habeas corpus* is sought as a *Charter* remedy and that distinctions which have become uncertain, technical, artificial and, most importantly, non-purposive should be rejected. One example of an approach which integrates the traditional nature of the prerogative writs with their new role as *Charter* remedies is provided by Sutherland J. in *Re Arrigo and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 77 (Ont. H.C.), at p. 84, and I would respectfully adopt the view he expresses:

The application could have been brought expressly pursuant to s. 24(1) of the Charter without any reference to *certiorari* or to prohibition as such. It is convenient in situations like these for the applications to be made and discussed, and for orders to be made, in the terms and language of the traditional remedies and means of review, but a right of application conferred by s. 24(1) of the Charter is not to be cut down by limitations placed upon the exercise of discretionary powers or prerogative remedies in non-Charter situations. In my opinion, the question of whether a court to which an application is made under the Charter ought to entertain the application where the application arises as a result of a ruling made in the course of proceedings in another court is better dealt with under the criteria considered in *Krakowski* than by questioning whether or not the first court has lost jurisdiction. Under the criteria applied in *Krakowski* applications having the effect of interrupting proceedings in the lower court will be strongly discouraged out of regard for the orderly administration of justice, but the door will not be wholly closed to applications made in the midst of other proceedings, nor will the vindication of Charter rights be subjected to limitations not developed with Charter rights in mind.

My colleague Lamer J. has outlined in *Mills* (pp. 894-905) an approach to the procedure for granting *Charter* remedies which is both flexible and functional and I believe in accord with the

titude (voir Sharpe, *op. cit.*, chap. 3; Létourneau, *op. cit.*, chap. 2 et 6); aussi il est compréhensible que les tribunaux ne se soient pas, en général, astreints à des catégories ou à des définitions limitées de l'examen juridictionnel lorsque la liberté du sujet était en cause. Je pense que cette tendance doit être maintenue lorsqu'on demande un *habeas corpus* à titre de réparation fondée sur la *Charte* et que des distinctions devenues obscures, formalistes, artificielles et qui plus est ne tiennent aucun compte de l'objet visé, devraient être rejetées. Un exemple d'une démarche qui intègre la nature traditionnelle des brefs de prérogative et leur rôle nouveau en tant que recours fondés sur la *Charte* nous est donné par le juge Sutherland dans *Re Arrigo and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 77 (H.C. Ont.), à la p. 84; en toute déférence, je suis d'avis de faire mienne l'opinion qu'il exprime:

[TRADUCTION] La demande aurait pu être expressément fondée sur le par. 24(1) de la Charte, sans faire référence à un bref de *certiorari* ou de prohibition comme tel. Il est commode, dans des cas comme ceux-ci, que les demandes soient faites et débattues, et les ordonnances rendues, dans les termes et dans la langue des recours et des moyens de contrôle judiciaire traditionnels, mais le droit de faire une demande conféré par le par. 24(1) de la Charte ne saurait être tronqué par des restrictions imposées à l'exercice des pouvoirs discrectionnaires ou des recours de prérogative dans les cas où la Charte n'est pas en cause. À mon avis, la question de savoir si un tribunal saisi d'une demande fondée sur la Charte doit l'instruire lorsqu'elle résulte d'une décision prise au cours de procédures devant un autre tribunal, est mieux traitée en appliquant les critères examinés dans l'affaire *Krakowski* qu'en se demandant si le premier tribunal a perdu compétence. Selon les critères de l'affaire *Krakowski*, les demandes ayant pour effet d'interrompre les procédures devant le tribunal d'instance inférieure seront fortement découragées par égard pour l'administration régulière de la justice. Cependant, la porte ne sera pas entièrement fermée aux demandes faites pendant d'autres procédures, pas plus que la revendication des droits garantis par la Charte ne sera soumise à des limites imposées alors qu'on n'avait pas les droits garantis par la Charte à l'esprit.

Mon collègue le juge Lamer a exposé dans l'arrêt *Mills* (aux pp. 894 à 905) une façon d'aborder la procédure à suivre pour accorder les réparations fondées sur la *Charte* à la fois souple et

general approach the courts have taken in administering the *Charter*.

A purposive approach should, in my view, be applied to the administration of *Charter* remedies as well as to the interpretation of *Charter* rights and, in particular, should be adopted when *habeas corpus* is the requested remedy since that remedy has traditionally been used and is admirably suited to the protection of the citizen's fundamental right to liberty and the right not to be deprived of it except in accordance with the principles of fundamental justice. The superior courts in Canada have, I believe, with the advent of the *Charter* and in accordance with the sentiments expressed in the *habeas corpus* trilogy of *Miller*, *Cardinal* and *Morin*, displayed both creativity and flexibility in adapting the traditional remedy of *habeas corpus* to its new role. I find instructive the following innovative uses of *habeas corpus* as a *Charter* remedy: see *Re Cadeddu and The Queen* (1982), 4 C.C.C. (3d) 97 (Ont. H.C.); *Swan v. Attorney General of British Columbia* (1983), 35 C.R. (3d) 135 (B.C.S.C.); *Lussa v. Health Science Centre* (1983), 9 C.R.R. 350 (Man. Q.B.); *MacAllister v. Director of Centre de Reception* (1984), 40 C.R. (3d) 121 (Que. S.C.); *Re Marshall and The Queen* (1984), 13 C.C.C. (3d) 73 (Ont. H.C.); *Re Jenkins* (1984), 8 C.R.R. 142 (P.E.I.S.C. *in banco*); *Jollimore v. Attorney-General of Nova Scotia* (1986), 24 C.R.R. 28 (N.S.S.C.); *Balian v. Regional Transfer Board* (1988), 62 C.R. (3d) 258 (Ont. H.C.) I agree with the general proposition reflected in these cases that *Charter* relief should not be denied or "displaced by overly rigid rules": see *Swan*, at p. 148.

In a case heavily relied upon by the respondent, *Re Hass and The Queen* (1978), 40 C.C.C. (2d) 202 (Ont. H.C.), Morden J. held on an application for *habeas corpus* that he could not remedy a sentence that was in one respect illegal. Although Morden J. was prepared, correctly in my view, to issue *habeas corpus* to redress an illegal deprivation of liberty even when it would not result in the

pratique et, je crois, conforme à l'attitude générale que les tribunaux ont adoptée en appliquant les dispositions de la *Charte*.

a Il faut, à mon avis, tenir compte de l'objet visé en appliquant les réparations fondées sur la *Charte* et en interprétant les droits qu'elle garantit. Cela est d'autant plus vrai lorsque l'*habeas corpus* est la réparation demandée, puisque son rôle traditionnel, auquel il est parfaitement adapté, a été de protéger le droit fondamental du citoyen à la liberté et le droit à ce qu'il n'y soit porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Les cours supérieures au Canada ont, je crois, avec l'avènement de la *Charte* et en conformité avec les sentiments exprimés dans la trilogie des arrêts *Miller*, *Cardinal* et *Morin*, portant sur l'*habeas corpus*, fait preuve à la fois de créativité et de souplesse en adaptant le recours traditionnel de l'*habeas corpus* à son nouveau rôle. Je trouve instructifs les recours novateurs à l'*habeas corpus* qui, dans les cas suivants, ont été utilisés dans des recours fondés sur la *Charte*: voir *Re Cadeddu and The Queen* (1982), 4 C.C.C. (3d) 97 (H.C. Ont.); *Swan v. Attorney General of British Columbia* (1983), 35 C.R. (3d) 135 (C.S.C.-B.); *Lussa v. Health Science Centre* (1983), 9 C.R.R. 350 (B.R. Man.); *MacAllister v. Director of Centre de Reception* (1984), 40 C.R. (3d) 121 (C.S. Qué.); *Re Marshall and The Queen* (1984), 13 C.C.C. (3d) 73 (H.C. Ont.); *Re Jenkins* (1984), 8 C.R.R. 142 (C.S.Î.-P.-É. *in banco*); *Jollimore v. Attorney-General of Nova Scotia* (1986), 24 C.R.R. 28 (C.S.N.-É.); *Balian v. Regional Transfer Board* (1988), 62 C.R. (3d) 258 (H.C. Ont.) Je souscris à la proposition générale qui se dégage de ces décisions, selon laquelle un redressement fondé sur la *Charte* ne doit pas être refusé ni «[TRADUCTION] écarté par des règles trop strictes»: voir *Swan*, à la p. 148.

i Dans une affaire sur laquelle l'intimée a fortement insisté, *Re Hass and The Queen* (1978), 40 C.C.C. (2d) 202 (H.C. Ont.), le juge Morden, statuant sur une demande d'*habeas corpus*, a dit qu'il ne pouvait remédier à une sentence illégale sous un rapport. Bien qu'il fût disposé, à bon droit selon moi, à décerner l'*habeas corpus* pour remédier à une privation illégale de liberté même s'il

applicant's outright release (pp. 210-11), he dismissed the application because of the rule that (at p. 208):

... resort cannot be had to *habeas corpus* to correct or revise an alleged error in a sentence imposed by a Court of competent jurisdiction. In such case, the proper remedy is to appeal.

This is no doubt correct as a general guide to when *habeas corpus* is an appropriate remedy. With respect, however, the distinction relied on in *Hass* between an illegal sentence which could not be remedied by way of *habeas corpus* and an unlawful execution of a valid sentence which could be so remedied seems to be technical and non-purposive especially when, as is the case here, the appeal process may not be able to vindicate an applicant's *Charter* interest in having the legality of his or her deprivation of liberty reviewed. Under section 24(1) of the *Charter* courts should not allow *habeas corpus* applications to be used to circumvent the appropriate appeal process, but neither should they bind themselves by overly rigid rules about the availability of *habeas corpus* which may have the effect of denying applicants access to courts to obtain *Charter* relief.

A purposive approach to *Charter* remedies is also helpful in assessing the merits of the respondent's submissions that *habeas corpus* cannot issue in this case because it involves a review of decisions of superior courts of another province and that it is further barred because it will not necessarily secure the complete liberty of the applicant. In entertaining these objections courts should never lose sight of the underlying liberty interest of the subject which is at stake. As my colleague La Forest J. noted in *Lyons*, *supra*, at p. 354:

In the context of s. 7, it seems to me that the nature and quality of the procedural protections to be accorded the individual cannot depend on sterile logic or formalis-

n'en résulterait pas la libération complète du requérant (pp. 210 et 211), le juge Morden a rejeté la demande en raison de la règle portant que (à la p. 208):

^a [TRADUCTION] ... on ne saurait recourir à l'*habeas corpus* pour corriger ou réviser une erreur qui aurait été commise dans une sentence infligée par un tribunal compétent. Dans un tel cas, l'appel est le recours approprié.

^b C'est sans aucun doute vrai en règle générale pour déterminer dans quel cas l'*habeas corpus* est le redressement approprié. En toute déférence, toutefois, la distinction sur laquelle se fonde la décision ^c *Hass* entre une sentence illégale à laquelle on ne peut remédier par voie d'*habeas corpus*, et l'exécution illégale d'une sentence valide à laquelle on peut remédier par ce moyen, semble formaliste et ne tenir aucun compte de l'objet visé surtout lorsque, comme en l'espèce, la procédure d'appel ne permet peut-être pas de faire valoir l'intérêt protégé par la *Charte*, qu'a le requérant à faire examiner la légalité de sa privation de liberté. Aux termes du par. 24(1) de la *Charte*, les tribunaux ne devraient pas permettre que les demandes d'*habeas corpus* servent à contourner la procédure d'appel appropriée, mais ils ne devraient pas non plus s'astreindre à des règles trop strictes concernant la possibilité de recourir à l'*habeas corpus*, qui pourraient avoir pour effet d'interdire à des requérants de s'adresser aux tribunaux pour obtenir réparation en vertu de la *Charte*.

^g L'interprétation des recours fondés sur la *Charte* en fonction de l'objet visé aide aussi à évaluer le bien-fondé des arguments de l'intimée portant qu'on ne saurait décerner un *habeas corpus* en l'espèce parce qu'il nécessiterait l'examen des décisions de cours supérieures d'une autre province, et que ce recours est aussi exclu du fait qu'il ne permettrait pas nécessairement d'obtenir la mise en liberté complète de la requérante. En examinant ces objections, les tribunaux ne devraient jamais perdre de vue l'intérêt fondamental de la liberté du sujet qui est en jeu. Comme le note mon collègue le juge La Forest dans l'arrêt *Lyons*, précité, à la p. 354:

^j Il me semble que, dans le contexte de l'art. 7, la nature et la qualité des garanties en matière de procédure qu'il faut accorder à l'individu ne sauraient être

tic classifications of the type of proceeding in issue. Rather, the focus must be on the functional nature of the proceeding and on its potential impact on the liberty of the individual.

To deny the appellant *Charter* relief because she received her criminal trial and sentencing under the wrong *Criminal Code* provisions in a superior court of criminal jurisdiction and not in an inferior court seems to me completely unacceptable given the interests that are at stake. As Professor Sharpe explains in his treatise, *op. cit.*, at pp. 144-45, illegalities in a sentence given by a superior court should not escape review by way of *habeas corpus* because:

... from a technical point of view, there is said to be an exception to the inviolability of superior court orders: where the process of the court itself demonstrates vitiating error, it is subject to attack. If, for example, a court sentences someone to fourteen years where the maximum penalty for the offence is seven years, the error of law must necessarily be apparent to the court on *habeas corpus*, and there is no question of going behind the record. This is an error relating to the imprisonment itself, not something which invalidates the proceedings behind the sentence, and for this reason, would seem appropriately subject to review on *habeas corpus*.

From the point of view of policy, it is difficult to imagine what interest is served by denying a remedy in such a case. While there may be good reason to foster an element of finality in the criminal law, and therefore, to protect convictions from collateral attack, it seems pointless to protect unlawful sentences. If the time for appeal has gone by, the law should provide another remedy. In some cases it is suggested that only an appeal to executive power to pardon is appropriate, but it is submitted that where there is an unlawful deprivation of liberty, the matter should not be left to anyone's discretion.

As Professor Sharpe notes, if the time for appeal of an illegal sentence has gone by, "the law should provide another remedy". Similar sentiments were expressed by Cartwright C.J.C. in *Sanders v. The Queen*, *supra*, at p. 126.

fonction d'une logique stérile ni d'une classification formaliste du type d'instance dont il s'agit. On doit plutôt mettre l'accent sur le caractère pratique de l'instance et sur l'effet qu'elle risque d'avoir sur la liberté individuelle.

Refuser à l'appelante le redressement demandé en vertu de la *Charte* parce qu'elle a été jugée au criminel et qu'elle a été condamnée en vertu des mauvaises dispositions du *Code criminel* par une cour supérieure de juridiction criminelle et non par un tribunal inférieur, me semble totalement inacceptable compte tenu des intérêts en jeu. Comme le professeur Sharpe l'explique dans son traité, *op. cit.*, aux pp. 144 et 145, les illégalités d'une sentence prononcée par une cour supérieure ne devraient pas échapper au contrôle exercé par voie d'*habeas corpus* parce que:

[TRADUCTION] ... d'un point de vue technique, on dit qu'il y a une exception à l'inviolabilité des ordonnances d'une cour supérieure: lorsque l'acte de procédure de la cour fait état lui-même d'une erreur qui l'entache de nullité, il peut être attaqué. Si, par exemple, un tribunal condamne quelqu'un à quatorze ans d'emprisonnement alors que la peine maximale prévue pour l'infraction est de sept ans, l'erreur de droit doit nécessairement sauter aux yeux du tribunal saisi d'un *habeas corpus*, et il n'est pas question de vérifier le dossier. C'est là une erreur liée à l'incarcération elle-même, qui n'invalidé en rien l'instance sous-jacente à la sentence et qui, pour cette raison, semble à bon droit susceptible de révision par voie d'*habeas corpus*.

En principe, il est difficile d'imaginer quel intérêt est servi par le refus d'une réparation dans un tel cas. Bien qu'il puisse y avoir de bonnes raisons de promouvoir un élément d'irrévocabilité en droit criminel et, par conséquent, de protéger les déclarations de culpabilité contre toute contestation indirecte, il semble inutile de protéger les sentences illégales. Si le délai d'appel est expiré, la loi devrait prévoir un autre recours. Dans certains cas, on laisse entendre que seul un recours en grâce auprès du pouvoir exécutif est approprié, mais on fait valoir que lorsqu'il y a une privation illégale de liberté, la question ne devrait pas être laissée à la discrétion de qui que ce soit.

Comme le note le professeur Sharpe, si le délai d'appel d'une sentence illégale est expiré, «la loi devrait prévoir un autre recours». Le juge en chef Cartwright exprime des sentiments semblables dans l'arrêt *Sanders c. La Reine*, précité, à la p. 126.

The argument that *habeas corpus* should not lie in this case because its issuance would not secure the complete liberty of the applicant should also be rejected on both doctrinal and policy grounds. In the 1985 *habeas corpus* trilogy of *Miller*, *Cardinal* and *Morin* and later in *Dumas v. Leclerc Institute* this Court expanded *habeas corpus* to cover three different deprivations of liberty in a prison setting. One of these is a continuation of the deprivation of liberty that has become unlawful and that is what we have here. The period of extended parole ineligibility currently being experienced by the appellant denies the appellant the opportunity to seek supervised release for 13 more years. In *Miller* this Court recognized the need to adapt the important remedy of *habeas corpus* "to the modern realities of confinement in a prison setting" (p. 641). Inmates and, it appears, many judges consider eligibility for early release by means of parole an important, even crucial, aspect of confinement in a prison: see *Sentencing Reform: A Canadian Approach* (1987), c. 10.

I believe that the effects of a deprivation of liberty or a continuation of a particular form of deprivation of liberty should be reviewed from a qualitative perspective. When this is done it becomes clear that the effects of the parole ineligibility provision on the continuing imprisonment of the appellant are quite considerable. With the ineligibility provision intact the appellant has no hope of being considered for parole for the next 13 years. However, if the provision is removed the appellant, although still confined and subject to a sentence of life imprisonment, will be able to apply for parole right away and, if unsuccessful, to repeat such application from time to time. The difference in the quality of her incarceration in these two situations is readily apparent.

L'argument selon lequel il n'y a pas lieu à *habeas corpus* en l'espèce parce que, même s'il était décerné, la requérante n'en serait pas pour autant mise complètement en liberté, devrait aussi être rejeté pour des raisons à la fois de doctrine et de principe. Dans la trilogie des arrêts *Miller*, *Cardinal* et *Morin* rendus en 1985 relativement à l'*habeas corpus*, et plus tard dans l'arrêt *Dumas c. Centre de détention Leclerc*, cette Cour a élargi le recours en *habeas corpus* afin qu'il s'applique à trois formes différentes de privation de liberté en milieu carcéral. L'une de celles-ci est la continuation de la privation de liberté qui est devenue illégale et c'est ce dont nous sommes saisis en l'espèce. La période d'inadmissibilité prolongée à la libération conditionnelle à laquelle est actuellement assujettie l'appelante lui enlève toute possibilité de demander une mise en liberté surveillée pendant les 13 prochaines années. Dans l'arrêt *Miller*, cette Cour a reconnu la nécessité d'adapter cet important recours qu'est l'*habeas corpus* «aux réalités modernes de la détention en milieu carcéral» (p. 641). Les détenus et, semble-t-il, de nombreux juges considèrent l'admissibilité à une libération anticipée par voie de libération conditionnelle comme un aspect important, voir crucial, de la détention en milieu carcéral: voir *Sentencing Reform: A Canadian Approach* (1987), chap. 10.

Je crois que les effets d'une privation de liberté ou de la continuation d'une forme particulière de privation de liberté doivent être analysés d'un point de vue qualitatif. Lorsque cela est fait, il devient clair que les effets de la disposition relative à l'inadmissibilité à la libération conditionnelle sur la continuation de l'incarcération de l'appelante sont très importants. Si la disposition relative à l'inadmissibilité demeure intacte, l'appelante n'aura aucun espoir de voir son cas étudié en vue d'une libération conditionnelle pendant les 13 prochaines années. Toutefois, si cette disposition est supprimée, l'appelante, tout en étant toujours incarcérée et sous le coup d'une sentence d'emprisonnement à perpétuité, sera en mesure de demander immédiatement la libération conditionnelle et, si cela lui est refusé, de réitérer sa demande. Ces deux situations présentent une différence évidente sur le plan de la qualité de son incarceration.

I have no difficulty in concluding that the continuation of the 25-year period of parole ineligibility deprives the appellant of an important residual liberty interest which is cognizable under s. 7 and which may be appropriately remedied by way of *habeas corpus* if found to be unlawful.

As did my colleague Le Dain J. in *Miller* at pp. 638-39, I have found the American authorities helpful in identifying the kinds of liberty interest served by the *habeas corpus* remedy. I agree that *habeas corpus*, the 'Great Writ of Liberty', is:

"... not now and never has been a static, narrow, formalistic remedy; its scope has grown to achieve its grand purpose—the protection of individuals against erosion of their right to be free from wrongful restraints upon their liberty" [*Jones v. Cunningham*, 371 U.S. 236 (1962), at p. 243].

In the *Jones* case *habeas corpus* was held to cover the condition of deprived liberty an applicant on parole was placed under by the state. Lamer J. in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, held at p. 515 that the restrictions of liberty inherent in probation orders were protected under s. 7 of the *Charter*. It would be anomalous if the remedy of *habeas corpus* did not evolve so as to be available to redress illegal deprivations of constitutionally protected liberty interests. This Court's previous decision in *Masella v. Langlais*, [1955] S.C.R. 263, is suspect to the extent that it denies *habeas corpus* as a remedy to vindicate the rights protected under s. 7 of the *Charter*.

In *Preiser v. Rodriguez*, 411 U.S. 475 (1973), the United States Supreme Court held that *habeas corpus* was available and appropriate to review the deprivation of liberty inherent in the revocation of a prisoner's good time credit. Stewart J. first summarized the development of the remedy of *habeas corpus* in American jurisprudence at p. 485 as follows:

The original view of a *habeas corpus* attack upon detention under a judicial order was a limited one. The

Il ne m'est guère difficile de conclure que le maintien de l'inadmissibilité à la libération conditionnelle pendant une période de 25 ans prive l'appelante d'un droit résiduel important à la liberté qui relève de l'art. 7 et auquel il peut être remédié à bon droit par voie d'*habeas corpus* si elle est jugée illégale.

Comme l'a fait mon collègue le juge Le Dain dans l'arrêt *Miller*, aux pp. 638 et 639, j'ai jugé la jurisprudence américaine utile pour identifier les genres de droit à la liberté que sert le recours en *habeas corpus* en matière de liberté. Je reconnais que l'*habeas corpus*, le «grand bref de la liberté», n'est pas:

[TRADUCTION] «... maintenant ni n'a jamais été un recours statique, étroit et formaliste; sa portée s'est élargie afin qu'il puisse remplir son objet premier—la protection des individus contre l'érosion de leur droit de ne pas voir imposer de restrictions abusives à leur liberté» [*Jones v. Cunningham*, 371 U.S. 236 (1962), à la p. 243].

Dans l'affaire *Jones*, on a jugé que l'*habeas corpus* s'appliquait à la situation de privation de liberté dans laquelle l'État a placé un requérant en liberté conditionnelle. Le juge Lamer, dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, conclut, à la p. 515, que les restrictions à la liberté inhérentes aux ordonnances de probation tombent sous la protection de l'art. 7 de la *Charte*. Il serait anormal que le recours en *habeas corpus* n'ait pas évolué de façon à pouvoir être exercé contre des atteintes illégales à des droits à la liberté constitutionnellement protégés. L'ancien arrêt de cette Cour *Masella v. Langlais*, [1955] R.C.S. 263, est suspect dans la mesure où il refuse le recours à l'*habeas corpus* pour faire valoir les droits protégés en vertu de l'art. 7 de la *Charte*.

Dans l'arrêt *Preiser v. Rodriguez*, 411 U.S. 475 (1973), la Cour suprême des États-Unis a jugé approprié le recours à l'*habeas corpus* pour examiner la privation de liberté inhérente à la révocation du temps de bonne conduite porté au crédit d'un détenu. Le juge Stewart résume d'abord l'évolution du recours en *habeas corpus* dans la jurisprudence américaine, à la p. 485:

[TRADUCTION] La conception initiale de la contestation par voie d'*habeas corpus* d'une détention en vertu

relevant inquiry was confined to determining simply whether or not the committing court had been possessed of jurisdiction But, over the years, the writ of habeas corpus evolved as a remedy available to effect discharge from any confinement contrary to the Constitution or fundamental law, even though imposed pursuant to conviction by a court of competent jurisdiction.

Turning to the case at hand, Stewart J. concluded that *habeas corpus* would lie (at pp. 487-88):

Even if the restoration of the respondents' credits would not have resulted in their immediate release, but only in shortening the length of their actual confinement in prison, habeas corpus would have been their appropriate remedy their suits would still have been within the core of habeas corpus in attacking the very duration of their physical confinement itself.

A purposive and expansive approach to the remedy of *habeas corpus* leads me to conclude that the writ is appropriately used to review the legality of the significant deprivation of liberty inherent in the operation of the parole ineligibility provision in this case. This review can take place without either circumventing the appeal process or becoming *de facto* an appeal on the merits. The role of *habeas corpus* as a remedy under s. 24(1) of the *Charter* reinforces the policy of flexibly and generously adapting the writ in order that it continue to protect liberty interests now constitutionally protected under the *Charter*.

D) Section 7 of the Charter

Section 7 of the *Charter* protects the appellant's 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. As discussed above, the current operation of the condition in the appellant's sentence that she not be eligible for parole for 25 years infringes her residual liberty interest. The key question is then whether she is being deprived of this liberty interest in accordance with the principles of fundamental justice?

d'une ordonnance judiciaire était limitée. La question pertinente consistait à se demander uniquement si le tribunal qui avait ordonné la détention était compétent [. . .] Mais, au cours des années, le bref d'habeas corpus est devenu le recours à exercer pour obtenir une libération dans tous les cas d'incarcération contraire à la Constitution ou aux règles de droit fondamentales, même si elle a été imposée conformément à une déclaration de culpabilité prononcée par un tribunal compétent.

Revenant à l'affaire dont il était saisi, le juge Stewart a conclu qu'il était possible de recourir à l'*habeas corpus* (aux pp. 487 et 488):

[TRADUCTION] Même si le rétablissement du temps crédité aux intimés avait conduit non pas à leur libération immédiate, mais uniquement à un raccourcissement de la durée de leur incarcération réelle, l'habeas corpus aurait été pour eux le recours approprié [. . .] leurs actions auraient néanmoins relevé de ce qui fait le cœur même de l'habeas corpus par la contestation de la durée même de leur incarcération physique.

Une interprétation large, fondée sur l'objet visé, du recours en *habeas corpus*, m'amène à conclure que c'est à bon droit qu'on se sert de ce bref pour examiner la légalité de la privation importante de liberté inhérente à l'application de la disposition sur l'inadmissibilité à la libération conditionnelle en l'espèce. Cet examen peut avoir lieu sans contourner la procédure d'appel ni devenir un appel *de facto* sur le fond. Le rôle de l'*habeas corpus*, comme réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*, renforce la politique de souplesse et d'adaptation généreuse du bref afin qu'il continue à assurer la protection des droits à la liberté maintenant constitutionnellement protégés par la *Charte*.

D) L'article 7 de la Charte

L'article 7 de la *Charte* protège le droit de l'appelante à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, droit auquel il ne peut être porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Il ressort de l'analyse qui précède que l'application actuelle de la condition de la sentence de l'appelante qui l'oblige à purger 25 années avant d'être admissible à la libération conditionnelle porte atteinte à son droit résiduel à la liberté. La question clé est alors de savoir s'il est porté atteinte à ce droit à la liberté en conformité avec les principes de justice fondamentale.

The principles of fundamental justice are to be found “in the basic tenets of our legal system”: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, at p. 503. It is fundamental to any legal system which recognizes “the rule of law” (see the Preamble to the *Charter*) that an accused must be tried and punished under the law in force at the time the offence is committed. This did not happen in this case.

The accused was prejudiced by not being convicted and sentenced in accordance with the law in force at the time of the commission of her offence. Under the new *Criminal Code* provisions which were wrongly applied to her the Crown bore a lesser burden of proof than under the provisions which were properly applicable. It had to prove only that the appellant was a party to the offence under s. 21 of the *Criminal Code* as opposed to having to prove under the properly applicable provisions that she by her “own act caused or assisted in causing the death of a police officer”. The appellant may also have been prejudiced by the application of the wrong punishment provisions. Under the old law the appellant would have had an opportunity to receive a period of parole ineligibility of a minimum of 10 years and a maximum of 20 years as opposed to the mandatory 25-year period of ineligibility she received under the new law. Without embarking on the inevitably speculative exercise of considering what might have happened to the appellant had she been tried and punished under the properly applicable *Criminal Code* provisions, I am able to conclude from a comparison of the relevant legislation that the appellant *prima facie* was prejudiced by not being tried and punished under the proper law. I invoke in support of this conclusion the fact that it is due to the Crown’s error that we cannot know for sure what would have happened to the appellant had she been tried under the proper law. She should accordingly be given the benefit of any doubt.

At trial the appellant’s claims under s. 11(i) of the *Charter* were rejected, in part because the clause was interpreted as applying only to changes

On trouve les principes de justice fondamentale «dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique»: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, à la p. 503. Il est essentiel à tout système juridique qui reconnaît «la primauté du droit» (voir le préambule de la *Charte*) qu’un inculpé soit jugé et puni en vertu du droit en vigueur au moment où l’infraction a été commise. Cela n’a pas été le cas en l’espèce.

L’accusée a subi un préjudice en n’étant pas reconnue coupable et condamnée conformément au droit en vigueur au moment de la perpétration de son infraction. En vertu des dispositions du nouveau *Code criminel* qui lui ont été appliquées à tort, le fardeau de la preuve qui incombait au ministère public était moindre qu’en vertu des dispositions vraiment applicables. Il n’avait qu’à prouver que l’appelante était partie à l’infraction au sens de l’art. 21 du *Code criminel*, et non à prouver, en vertu des dispositions vraiment applicables, que celle-ci, «par son propre fait, a causé ou aidé à causer la mort d’un officier de police». L’application des mauvaises dispositions en matière de peine peut aussi avoir causé un préjudice à l’appelante. Selon l’ancienne loi, la période d’inadmissibilité à la libération conditionnelle imposée à l’appelante aurait pu être d’au moins 10 ans et d’au plus 20 ans, plutôt que la période ferme de 25 ans à purger avant de devenir admissible à cette libération qui lui a été infligée en vertu de la nouvelle loi. Sans me lancer dans un exercice inévitablement spéculatif pour savoir ce qui aurait pu arriver si l’appelante avait été jugée et condamnée en vertu des dispositions vraiment applicables du *Code criminel*, je me permets de déduire de la comparaison des mesures législatives pertinentes que l’appelante a subi à première vue un préjudice en n’étant pas jugée et condamnée selon le droit applicable. J’invoque à l’appui de cette conclusion le fait que c’est à cause de l’erreur du ministère public que nous ne pouvons savoir avec certitude quel aurait été le sort de l’appelante si elle avait été jugée en vertu du droit applicable. Il faut, par conséquent, lui donner le bénéfice du doute.

En première instance, l’appelante a été déboutée de ses moyens fondés sur l’al. 11(i) de la *Charte*, en partie parce que la clause a été interprétée comme

in the punishment for the same offence and this situation was characterized as involving a change in both the offence and the punishment. I am not persuaded at this point that such a restrictive reading of s. 11(i) is appropriate but it is not necessary to reach a definitive conclusion on this in order to dispose of this appeal and I refrain from doing so.

E) *Entitlement to the Relief Claimed*

The respondent submits that the appellant is not entitled to a declaration of eligibility for parole because, even if she had been tried under the proper law, the possibility exists that she might have been sentenced to death or have had the sentencing judge order that she not be eligible for parole for a period of between 10 and 20 years. Admittedly, these are theoretical possibilities. It would not, however, be appropriate for this Court on an appeal of a *habeas corpus* application to try to speculate from the evidence at trial what the verdict might have been had the appellant been tried under the properly applicable provisions of the *Criminal Code*. Given their submissions on the scope of *habeas corpus* review, I find it ironic that the respondent and one of the interveners, the Attorney General for Alberta, would invite us to do so.

The real issue, it seems to me, is the one already mentioned, namely whether the Crown can take advantage of the uncertainty created by its own failure to give the appellant a proper trial in the first instance. I do not think it can. It is quite contrary to our legal traditions and to our obligations under the *Charter* to hold, as did the trial judge, that the appellant should only receive a remedy for the Crown's error if she proves that it was "ineluctable" that she would only have received a sentence of life imprisonment with eligibility for parole after 10 years.

One issue remains, namely the jurisdiction of the court to issue a declaration of parole eligibility

ne s'appliquant qu'aux modifications de la peine relative à la même infraction et que son cas se caractérisait par une modification à la fois de l'infraction et de la peine. Je ne suis pas convaincue, à ce stade, qu'une interprétation aussi restrictive de l'al. 11i) soit fondée, mais il n'est pas nécessaire d'arriver à une conclusion définitive sur ce point pour statuer sur le pourvoi, aussi m'abstiendrai-je de le faire.

E) *Le droit au redressement réclamé*

L'intimée soutient que l'appelante n'a pas droit à une déclaration d'admissibilité à la libération conditionnelle parce que, même si elle avait été jugée selon le droit applicable, elle aurait pu être condamnée à mort ou le juge qui a prononcé la sentence aurait pu ordonner qu'elle ne soit pas admissible à la libération conditionnelle avant d'avoir purgé de 10 à 20 ans. Certes, cela est possible en théorie. Il ne serait cependant pas approprié que cette Cour, saisie d'un pourvoi relatif à une demande d'*habeas corpus*, tente de conjecturer, à partir de la preuve soumise au procès, sur ce qu'aurait pu être le verdict si l'appelante avait été jugée en vertu des dispositions vraiment applicables du *Code criminel*. Compte tenu de ce qu'ils font valoir au sujet de la portée de l'examen par voie d'*habeas corpus*, il est ironique, selon moi, que l'intimée et l'un des intervenants, le procureur général de l'Alberta, nous aient invités à le faire.

La véritable question qui se pose, me semble-t-il, est celle déjà mentionnée qui consiste à savoir si le ministère public peut profiter de l'incertitude causée par sa propre omission de permettre à l'appelante au départ d'être jugée régulièrement. Je ne pense pas qu'il le puisse. Il est tout à fait contraire à nos traditions juridiques et à nos obligations en vertu de la *Charte* de juger, comme l'a fait le juge du procès, que l'appelante ne devrait avoir droit à une réparation en raison de l'erreur du ministère public que si elle prouve qu'il était [TRADUCTION] «inévitable» qu'elle ne soit condamnée qu'à une peine d'emprisonnement à perpétuité, avec admissibilité à la libération conditionnelle après 10 ans.

Une question demeure, celle de la compétence du tribunal de prononcer une déclaration d'admis-

in aid of its *habeas corpus* jurisdiction. Declaratory relief has been recognized by this Court as an effective and flexible remedy for the settlement of real disputes: see *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at pp. 830-33. Moreover, this Court, having assumed jurisdiction over the subject matter and the person on this appeal from a denial of *habeas corpus*, can exercise its broad discretion under s. 24(1) of the *Charter* to order any remedy within its jurisdiction which it considers appropriate and just in the circumstances. Given the prejudice already suffered by the appellant it seems appropriate and just that she be declared eligible for parole forthwith. The Parole Board is, however, the final arbiter of whether and when she should be released on parole and this Court has nothing to say on that subject.

V. Disposition

I would allow the appeal and declare the appellant eligible for parole as from the date of release of this judgment

Appeal allowed, DICKSON C.J. and BEETZ J. dissenting.

Solicitors for the appellant: McMaster Meighen, Montréal.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Manfred DeLong, Calgary.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

sibilité à la libération conditionnelle auxiliairement à sa compétence en matière d'*habeas corpus*. Cette Cour a reconnu que le jugement déclaratoire constitue une forme efficace et souple de règlement des véritables litiges: voir *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, aux pp. 830 à 833. En outre, cette Cour, s'étant déclarée compétente *ratione materiae* et *ratione personae* dans le cas de ce pourvoi formé contre le refus d'accorder un *habeas corpus*, peut exercer le pouvoir discrétionnaire général que lui confère le par. 24(1) de la *Charte* pour prescrire toute réparation qui relève de sa compétence et qu'elle estime convenable et juste eu égard aux circonstances. Étant donné le préjudice déjà causé à l'appelante, il semble convenable et juste de la déclarer admissible à la libération conditionnelle dès maintenant. La Commission des libérations conditionnelles demeure toutefois l'arbitre final pour ce qui est de décider si et quand elle doit obtenir une libération conditionnelle, et cette Cour n'a rien à dire à ce sujet.

V. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de déclarer l'appelante admissible à la libération conditionnelle à compter de la date de ce jugement.

Pourvoi accueilli, le juge en chef DICKSON et le juge BEETZ sont dissidents.

Procureurs de l'appelante: McMaster Meighen, Montréal.

Procureur de l'intimée: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Manfred DeLong, Calgary.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Insurance Corporation of British Columbia
Appellant

v.

Clark Mandzuk (*Plaintiff*) *Respondent*

and

Harry Vieira (*Defendant*) *Respondent*

INDEXED AS: MANDZUK v. INSURANCE CORPORATION
OF BRITISH COLUMBIA

File No.: 20032.

1988: December 12.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson,
La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Torts — Damages — Personal injury — Management or investment counselling fees — Defendant to take plaintiff as found — Recovery of such fees question of fact — Plaintiff to prove management assistance or investment advice necessary and cost of such services.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1986), 2 B.C.L.R. 344, 28 D.L.R. (4th) 677, allowing in part an appeal from a judgment of McLachlin J. Appeal dismissed.

Walley P. Lightbody, Q.C., and *M. K. Perras*, for the appellant.

William S. Berardino, Q.C., for the respondent Clark Mandzuk.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We will not be calling upon you, Mr. Berardino. We have reached a unanimous conclusion, and judgment of the Court will be delivered by Mr. Justice Sopinka.

SOPINKA J.—We are all of the opinion that the appeal should be dismissed. The issue in this appeal is whether or not in serious personal injury cases an amount for an investment counselling fee

Insurance Corporation of British Columbia
Appelante

c.

^a **Clark Mandzuk** (*Demandeur*) *Intimé*

et

Harry Vieira (*Défendeur*) *Intimé*

^b RÉPERTORIÉ: MANDZUK c. INSURANCE CORPORATION OF BRITISH COLUMBIA

N° du greffe: 20032.

1988: 12 décembre.

^c Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

^d *Responsabilité délictuelle — Dommages-intérêts — Lésions corporelles — Honoraires pour des services de consultation en placements ou en gestion — Acceptation par le défendeur de la vulnérabilité du demandeur — La récupération de ces honoraires constitue une question de fait — Demandeur tenu de prouver la nécessité de recourir à une aide en gestion ou à des conseils en placements, et le coût de ces services.*

^f POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1986), 2 B.C.L.R. 344, 28 D.L.R. (4th) 677, qui a accueilli en partie un appel d'un jugement du juge McLachlin. Pourvoi rejeté.

^g *Walley P. Lightbody, c.r.*, et *M. K. Perras*, pour l'appelante.

William S. Berardino, c.r., pour l'intimé Clark Mandzuk.

^h Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M^e Berardino. Nous sommes arrivés à une conclusion unanime et le jugement de la Cour sera rendu par le juge Sopinka.

LE JUGE SOPINKA—Nous sommes tous d'avis que le pourvoi doit être rejeté. La question qui se pose en l'espèce est de savoir si, dans les cas de lésions corporelles graves, une somme devrait être

should be awarded to the plaintiff. This is essentially a question of fact in each case. The only principle that appears to be applicable is that the defendant must take the plaintiff as he finds him, including his state of intelligence. Whether this is low by reason of the injuries complained of or its natural state, a management fee or an investment counselling fee should be awarded if the plaintiff's level of intelligence is such that he is either unable to manage his affairs or lacks the acumen to invest funds awarded for future care so as to produce the requisite rate of return.

In this case, we are of the opinion that the learned trial judge did not address the matter on this basis. In finding that the plaintiff was capable of managing his affairs, Her Ladyship appeared to tie this to the lack of mental impairment. The question of the plaintiff's ability to invest was not specifically addressed.

The Court of Appeal found as a fact that the plaintiff would require investment advice and awarded a figure of \$40,000. While we are of the opinion that this might be somewhat high and may have included some management fee, it is not sufficiently high for this Court to interfere. We are of the opinion that the Court of Appeal did the best it could with the factual background with which it had been provided on this issue.

A plaintiff seeking to recover either a management fee or an investment counselling fee should provide a factual basis to the trier of fact, including:

- (i) evidence that management assistance is in fact necessary;
- (ii) evidence that investment advice is in fact necessary in the circumstances;
- (iii) evidence as to the cost of such services.

accordée au plaignant relativement à des honoraires pour des services de consultation en placements. Il s'agit essentiellement d'une question de fait dans chaque cas. Le seul principe qui semble applicable est que le défendeur doit accepter le plaignant comme il est, quel que soit notamment son niveau d'intelligence. Des honoraires pour des services de gestion ou de consultation en placements devraient être accordés au plaignant si son niveau d'intelligence est faible, naturellement ou en raison des blessures qu'il aurait subies, au point qu'il est incapable de gérer ses affaires ou encore qu'il n'a pas la perspicacité nécessaire pour placer les fonds accordés au titre des soins futurs de manière à réaliser le taux de rendement voulu.

En l'espèce, nous sommes d'avis que le juge de première instance n'a pas abordé la question sous cet angle. En concluant que le plaignant était capable de gérer ses affaires, elle a semblé attribuer cela à l'absence d'affaiblissement mental. La question de l'aptitude du plaignant à effectuer des placements n'a pas été abordée expressément.

La Cour d'appel a conclu que le plaignant aurait effectivement besoin de conseils en matière de placements et lui a accordé la somme de 40 000 \$. Bien que nous soyons d'avis que cette somme pourrait être quelque peu élevée et qu'elle peut avoir compris des honoraires pour des services de gestion, elle n'est pas suffisamment élevée pour justifier l'intervention de cette Cour. Nous estimons que la Cour d'appel a fait du mieux qu'elle pouvait compte tenu des faits qui lui avaient été soumis.

Le plaignant qui demande le remboursement d'honoraires pour des services de gestion ou de consultation en placements doit soumettre des faits sur lesquels le juge des faits peut se fonder, notamment:

- (i) des éléments de preuve qu'une aide en matière de gestion est nécessaire;
- (ii) des éléments de preuve que des conseils en matière de placements sont nécessaires dans les circonstances;
- (iii) des éléments de preuve relatifs au coût de ces services.

In the result, therefore, the appeal is dismissed with costs.

Judgment accordingly.

*Solicitor for the appellant: Ray Connell, a
Vancouver.*

*Solicitors for the respondent Clark Mandzuk:
Russell & DuMoulin, Vancouver.*

En conséquence, le pourvoi est rejeté avec dépens.

Jugement en conséquence.

*Procureur de l'appelante: Ray Connell, Van-
couver.*

*Procureurs de l'intimé Clark Mandzuk: Russell
& DuMoulin, Vancouver.*

Kenneth Wayne Gillespie *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. GILLESPIE

File No.: 20617.

1988: December 14.

Present: McIntyre, Lamer, Wilson, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA*Criminal law — Sexual assault — Defence of honest but mistaken belief as to consent to sexual intercourse — Failure of trial judge to direct jury to this defence — Appeal dismissed.*

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal dismissing an appeal from conviction by Cashman Co. Ct. J. Appeal dismissed.

Bruce Laughton, for the appellant.*Elizabeth Bennett*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

MCINTYRE J.—The appeal is dismissed.

*Judgment accordingly.**Solicitors for the appellant: Rankin & Company, Vancouver.**Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General of British Columbia, Vancouver.***Kenneth Wayne Gillespie** *Appellant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*^a RÉPERTORIÉ: R. c. GILLESPIE

N° du greffe: 20617.

1988: 14 décembre.

^b Présents: Les juges McIntyre, Lamer, Wilson, L'Heureux-Dubé et Sopinka.EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE^c *Droit criminel — Agression sexuelle — Défense de croyance honnête mais erronée au consentement aux rapports sexuels — Aucune directive du juge du procès relativement à cette défense — Pourvoi rejeté.*^d POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a rejeté un appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Cashman de la Cour de comté. Pourvoi rejeté.^e *Bruce Laughton*, pour l'appellant.*Elizabeth Bennett*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

^f LE JUGE MCINTYRE—Le pourvoi est rejeté.*Jugement en conséquence.*^g *Procureurs de l'appellant: Rankin & Company, Vancouver.**Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

Canadian Pacific Limited, a body corporate
Appellant

v.

Chief Winston Paul, Darrell Paul, Peter Paul, Wayne Paul, Allen Paul, James Sappier, Jack Polchies, Carol Polchies, Fred Sappier, Leonard Tomah, and all members of the Woodstock Indian Reserve Band and the Council thereof *Respondents*

and

Her Majesty The Queen in right of Canada as represented by the Attorney General of Canada and New Brunswick Railway Company, a body corporate *Respondents*

and

The Attorney General for Ontario *Intervener*

INDEXED AS: CANADIAN PACIFIC LTD. v. PAUL

File No.: 18149.

1987: March 26, 27; 1988: December 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEW BRUNSWICK

Injunctions — Trespass — Members of Indian band blocking railway right-of-way across the reserve — Railway company seeking a permanent injunction to restrain Indian band from interfering with its right-of-way — Nature of the Company interest in the right-of-way — Whether a permanent injunction should be awarded — Act to incorporate the Woodstock Railway Company, S.N.B. 1864, 27 Vict., c. 57, s. 24.

The land which now comprises the Woodstock Indian Reserve in New Brunswick was conveyed by a private owner to the Crown in 1851 for the use and benefit of the Maliseet tribe—the ancestors of the Woodstock Indian Band (the “Band”). In 1864, the Woodstock Railway Company (“WRC”) was incorporated by statute for the express purpose of constructing a railway line between Woodstock and the Maine border. Section 24 of the incorporating statute provides that WRC and its successors have the right “to take and hold so much of

* Estey and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

Canadien Pacifique Limitée, une personne morale *Appelante*

c.

a Le chef Winston Paul, Darrell Paul, Peter Paul, Wayne Paul, Allen Paul, James Sappier, Jack Polchies, Carol Polchies, Fred Sappier, Leonard Tomah, et tous les membres et le conseil de la bande de la réserve indienne de Woodstock *Intimés*

et

c Sa Majesté La Reine du chef du Canada représentée par le procureur général du Canada et la Compagnie du chemin de fer du Nouveau-Brunswick, une personne morale *Intimés*

d et

d Le procureur général de l’Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: CANADIEN PACIFIQUE LTÉE c. PAUL

N° du greffe: 18149.

e 1987: 26, 27 mars; 1988: 15 décembre.

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

f EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

Injunctions — Intrusion — Emprise d’un chemin de fer sur une réserve bloquée par les membres d’une bande indienne — Demande d’injonction permanente par la compagnie de chemin de fer en vue d’empêcher la bande indienne d’entraver l’exercice de son droit de passage — Nature du droit de la compagnie sur l’emprise — Une injonction permanente devrait-elle être accordée? — Act to incorporate the Woodstock Railway Company, S.N.B. 1864, 27 Vict., chap. 57, art. 24.

Les terres sur lesquelles est maintenant située la réserve indienne de Woodstock au Nouveau-Brunswick ont été transférées par un particulier à la Couronne, en 1851, à l’usage et au profit de la tribu Malécite, dont les membres étaient les ancêtres des Indiens qui forment maintenant la bande de Woodstock (la «bande»). En 1864, la Compagnie du chemin de fer de Woodstock (la «CCFW») a été constituée par une loi dans le but exprès de construire une ligne de chemin de fer entre Woodstock et la frontière de l’État du Maine. L’article 24 de

* Les juges Estey et Le Dain n’ont pas pris part au jugement.

the land and other real estate as may be necessary for the laying out, making and constructing, and convenient operation of the said Railway". WRC was also permitted to enter and take possession of Crown lands so long as it had the government's permission. The route of the line, which traverses the reserve at three locations, was approved by the New Brunswick Government in 1866 and the work completed three years later. Subsequently, WRC was amalgamated with other companies to form the New Brunswick and Canada Railway Co. which leased all its railroad and assets to the New Brunswick Railway Co. for 999 years. In 1890, the latter leased its railroad lines to CP for a period of 990 years. This lease was confirmed and ratified by provincial and federal statutes. In 1908, the Band surrendered to the Crown a certain portion of the reserve intended for sale. The CP's right-of-way was expressly excepted from the surrender. By Letters Patent issued in 1912, the Crown granted CP the freehold interest in the western and central crossings, but made no formal grant of the eastern crossing—the one in issue in this appeal. The lands surrendered in 1908 were eventually reacquired by the Crown and set aside for the use and benefit of the Band. In 1975, the Band barricaded the eastern crossing to prevent the passage of trains. CP commenced proceedings in trespass and sought a permanent injunction to restrain the Band from interfering with its enjoyment of the right-of-way. The Band counterclaimed for a declaration that the land used as the right-of-way is held by the Crown for the use and benefit of the Band. At trial, the judge granted a permanent injunction and dismissed the Band's counterclaim. In allowing the appeal, the Court of Appeal vacated the permanent injunction and replaced it by a six-month interim injunction to enable the parties to negotiate a settlement of any outstanding Indian interest in the lands. This appeal is to determine whether a permanent injunction should be awarded against the respondents.

Held: The appeal should be allowed.

CP is entitled to a permanent injunction. WRC obtained the permission of the Crown to take and hold the land over which the railway passed including the right-of-way. In the 1866 agreement, the government

la loi constitutive prévoit que la CCFW et ses successeurs ont le droit de [TRADUCTION] «prendre et détenir la partie du bien-fonds et des autres biens immeubles qui peut être nécessaire au tracé, à la construction et à l'exploitation efficace dudit chemin de fer». La CCFW était également autorisée à pénétrer sur les terres de la Couronne et à en prendre possession à la condition d'avoir obtenu préalablement la permission du gouvernement. Le tracé de la ligne, qui traverse la réserve à trois endroits, a été approuvé par le gouvernement du Nouveau-Brunswick en 1866, et les travaux ont été complétés trois ans plus tard. Subséquemment, la CCFW a fusionné avec d'autres compagnies pour former la Compagnie du chemin de fer du Nouveau-Brunswick et du Canada qui a loué tout son réseau de chemins de fer et ses biens à la Compagnie du chemin de fer du Nouveau-Brunswick pour 999 années. En 1890, cette dernière a loué ses lignes de chemin de fer à CP pour une période de 990 ans. Ce bail a été confirmé et ratifié par une loi provinciale et une loi fédérale. En 1908, la bande a cédé à la Couronne une certaine partie de la réserve destinée à être vendue. L'emprise de CP a été expressément exclue de la cession. Par lettres patentes délivrées en 1912, la Couronne a cédé à CP un droit de tenure franche sur le passage à niveau ouest et le passage à niveau central, mais elle n'a fait aucune concession officielle du passage à niveau est qui fait l'objet du présent litige. Les terres cédées en 1908 ont été finalement acquises de nouveau par la Couronne et réservées à l'usage et au profit de la bande. En 1975, la bande a barricadé le passage à niveau est pour empêcher les trains de passer. CP a intenté une action en déclaration d'intrusion et a demandé une injonction permanente empêchant la bande d'entraver l'exercice de son droit de passage. La bande a riposté par une demande reconventionnelle visant à obtenir un jugement déclaratoire portant que le bien-fonds servant d'emprise était détenu par la Couronne à l'usage et au profit de la bande. En première instance, le juge a accordé une injonction permanente et a rejeté la demande reconventionnelle de la bande. En accueillant l'appel, la Cour d'appel a annulé l'injonction permanente et lui a substitué une injonction provisoire de six mois pour permettre aux parties de parvenir à un règlement relativement à tout droit que pourraient avoir les Indiens sur les terres en question. Ce pourvoi vise à déterminer si une injonction permanente devrait être délivrée contre les intimés.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

CP a droit à une injonction permanente. La CCFW a obtenu de la Couronne la permission de prendre et de détenir les terres sur lesquelles passait le chemin de fer, y compris l'emprise contestée. Dans l'entente de 1866, le

approved WRC's plans for the location of the railway and this approval involved permission to take and hold the lands identified in the plans. There was no requirement that a special form be used for such permission or that the permission was only temporary. Further, the confirmation and ratification of CP's 1890 lease by the provincial legislature and the federal Parliament amounted to an acknowledgment that permission had been given for the railway to be built where it was. The right to take and hold land for the construction and operation of the railway involved the grant of some kind of proprietary interest in the land. Based on an interpretation of the relevant statutes and documents, the interest granted to WRC by the Crown—and what CP now has by virtue of its lease—is a statutory easement in the nature of a right-of-way in the eastern crossing. It is not necessary for the disposition of this case to determine whether WRC's acquisition of an easement or right-of-way over the land extinguished the Band's interest in the underlying fee held by the Crown because CP's valid right-of-way over the eastern crossing is sufficient to support the award of a permanent injunction.

gouvernement a approuvé les plans de la CCFW relatifs à l'emplacement de la voie ferrée et cette approbation impliquait la permission de prendre et de détenir les terres mentionnées dans les plans. Rien n'exigeait que cette permission revête une forme particulière ni qu'elle soit seulement temporaire. De plus, la confirmation et la ratification, par l'assemblée législative provinciale et le Parlement fédéral, du bail consenti à CP en 1890 équivalait à la reconnaissance que l'autorisation de construire le chemin de fer là où il a été construit avait été donnée. Le droit de prendre et de détenir des terres pour la construction et l'exploitation d'un chemin de fer comportait la concession d'un certain droit de propriété sur ces terres. Selon l'interprétation des lois et des documents applicables, le droit concédé à la CCFW par la Couronne, et ce que possède maintenant CP en vertu de son bail, est une servitude légale qui participe d'un droit de passage sur le passage à niveau est. Il n'est pas nécessaire, pour statuer sur le présent pourvoi, de déterminer si l'acquisition par la CCFW d'une servitude ou d'un droit de passage sur les terres en question a éteint le droit de la bande sur le fief sous-jacent que la Couronne détenait, puisque le droit de passage valide que possède CP sur le passage à niveau est, est suffisant pour justifier la délivrance d'une injonction permanente.

Cases Cited

Referred to: *Re Ellenborough Park*, [1956] Ch. 131; *United Land Co. v. Great Eastern Railway Co.* (1875), L.R. 10 Ch. App. 586; *Cannon v. Villars* (1878), 8 Ch. D. 415; *City of Vancouver v. Canadian Pacific Railway Co.* (1894), 23 S.C.R. 1; *Canadian Pacific Railway Co. v. Toronto Corporation*, [1911] A.C. 461, aff'g (1910), 42 S.C.R. 613; *Attorney-General for British Columbia v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1906] A.C. 204; *The Queen v. Smith*, [1981] 1 F.C. 346, rev'd on other grounds [1983] 1 S.C.R. 554; *Derrickson v. Derrickson*, [1986] 1 S.C.R. 285; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Attorney-General for Quebec v. Attorney-General for Canada*, [1921] 1 A.C. 401; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313.

Statutes and Regulations Cited

Act in addition to the Act in aid of the construction of Railways, S.N.B. 1865, 28 Vict., c. 12.
Act in aid of the construction of Railways, S.N.B. 1864, 27 Vict., c. 3, ss. 5, 6, 9, 10.
Act to confirm a certain Agreement made by the New Brunswick Railway Company with the Canadian Pacific Railway Company, S.N.B. 1891, c. 14.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Re Ellenborough Park*, [1956] Ch. 131; *United Land Co. v. Great Eastern Railway Co.* (1875), L.R. 10 Ch. App. 586; *Cannon v. Villars* (1878), 8 Ch. D. 415; *City of Vancouver v. Canadian Pacific Railway Co.* (1894), 23 R.C.S. 1; *Canadian Pacific Railway Co. v. Toronto Corporation*, [1911] A.C. 461, conf. (1910), 42 R.C.S. 613; *Attorney-General for British Columbia v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1906] A.C. 204; *La Reine c. Smith*, [1981] 1 C.F. 346, inf. pour d'autres motifs [1983] 1 R.C.S. 554; *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Attorney-General for Quebec v. Attorney-General for Canada*, [1921] 1 A.C. 401; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313.

Lois et règlements cités

Act in addition to the Act in aid of the construction of Railways, S.N.B. 1865, 28 Vict., chap. 12.
Act in aid of the construction of Railways, S.N.B. 1864, 27 Vict., chap. 3, art. 5, 6, 9, 10.
Act to confirm a certain Agreement made by the New Brunswick Railway Company with the Canadian Pacific Railway Company, S.N.B. 1891, chap. 14.
Act to incorporate the Woodstock Railway Company, S.N.B. 1864, 27 Vict., chap. 57, art. 24.

Act to confirm an Indenture made between the New Brunswick Railway Company and the Canadian Pacific Railway Company, S.C. 1891, c. 74.

Act to incorporate the Woodstock Railway Company, S.N.B. 1864, 27 Vict., c. 57, s. 24.

Act to regulate the management and disposal of the Indian Reserves in this Province, S.N.B. 1844, 7 Vict., c. 47.

Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 38.

“*Of Indian Reserves*”, R.S.N.B. 1854, vol. 1, c. 85.

Authors Cited

Jackson, Paul. *The Law of Easements and Profits*. London: Butterworths, 1978.

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*. Toronto: Canada Law Books, 1983.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1983), 50 N.B.R. (2d) 126, 131 A.P.R. 126, 2 D.L.R. (4th) 22, [1984] 3 C.N.L.R. 42, allowing respondents' appeal from a judgment of Dickson J. (1981), 34 N.B.R. (2d) 382, 85 A.P.R. 382, [1981] 4 C.N.L.R. 39, granting appellant an injunction. Appeal allowed.

John L. Bowles, Levi E. Clain, Q.C., and *Stephen J. Hutchison*, for the appellant.

Ray W. Dixon, Q.C., and *Allan Ruben*, for the respondents Paul *et al.*

W. I. C. Binnie, Q.C., for the respondent Her Majesty the Queen in right of Canada.

A. G. Warwick Gilbert, Q.C., for the respondent the New Brunswick Railway Company.

J. T. S. McCabe, Q.C., for the intervener.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—This appeal requires us to resolve the conflicting claims of a railway and an Indian band to the use of land being used as a railway right-of-way across a reserve and a claim by the railway for a permanent injunction to restrain the band from interfering with its enjoyment of the right-of-way.

Act to regulate the management and disposal of the Indian Reserves in this Province, S.N.B. 1844, 7 Vict., chap. 47.

Acte à l'effet de ratifier un contrat passé entre la Compagnie du chemin de fer du Nouveau-Brunswick et la Compagnie du chemin de fer Canadien du Pacifique, S.C. 1891, chap. 74.

Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e supp.), chap. 10, art. 38.

«*Of Indian Reserves*», R.S.N.B. 1854, vol. 1, chap. 85.

Doctrine citée

Jackson, Paul. *The Law of Easements and Profits*. London: Butterworths, 1978.

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*. Toronto: Canada Law Books, 1983.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1983), 50 R.N.-B. (2^e) 126, 131 A.P.R. 126, 2 D.L.R. (4th) 22, [1984] 3 C.N.L.R. 42, qui a accueilli l'appel des intimés contre un jugement du juge Dickson (1981), 34 N.B.R. (2d) 382, 85 A.P.R. 382, [1981] 4 C.N.L.R. 39, qui avait accordé une injonction à l'appelante. Pourvoi accueilli.

John L. Bowles, Levi E. Clain, c.r., et *Stephen J. Hutchison*, pour l'appelante.

Ray W. Dixon, c.r., et *Allan Ruben*, pour les intimés Paul et autres.

W. I. C. Binnie, c.r., pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada.

A. G. Warwick Gilbert, c.r., pour l'intimée la Compagnie du chemin de fer du Nouveau-Brunswick.

J. T. S. McCabe, c.r., pour l'intervenant.

Version française du jugement rendu par

LA COUR—Ce pourvoi nous oblige à statuer sur les revendications opposées d'une compagnie de chemin de fer et d'une bande indienne relativement à l'utilisation d'un bien-fonds qui sert d'emprise à un chemin de fer dans une réserve, ainsi qu'à statuer sur la demande de la compagnie de chemin de fer visant à obtenir une injonction permanente empêchant la bande d'entraver l'exercice de son droit de passage.

The appeal is by leave of this Court from the judgment of the New Brunswick Court of Appeal (Ryan, Stratton and La Forest J.J.A.) on September 28, 1983, 50 N.B.R. (2d) 126, 131 A.P.R. 126, 2 D.L.R. (4th) 22, [1984] 3 C.N.L.R. 42, allowing an appeal from the judgment of Dickson J. in the Court of Queen's Bench on April 28, 1981, 34 N.B.R. (2d) 382, 85 A.P.R. 382, [1981] 4 C.N.L.R. 39, which granted a permanent injunction against the Woodstock Indian Reserve Band to restrain it from interfering with the enjoyment by the appellant Canadian Pacific Limited ("CP") of its right-of-way across the Woodstock Indian Reserve No. 23. The trial judge dismissed a counterclaim by the Band for a declaration that the land used as the right-of-way is held by Her Majesty the Queen for the use and benefit of the Band and for damages for the alleged trespass by CP on the land. In allowing the appeal the Court of Appeal vacated the permanent injunction and replaced it by a six-month interim injunction to enable the parties to reach a settlement.

I. The Facts

The respondents are members of the Maliseet tribe resident on the Woodstock Indian Reserve, known as Reserve No. 23. The Reserve comprises a long strip of land running east-west and is about 7½ chains in width and about 360 chains in length. The Reserve is situated just outside the town of Woodstock. CP operates a railway which, in its winding course, crosses the Reserve at three locations which may be referred to as the western, central and eastern crossings. It is the eastern crossing which is in issue in this appeal. In 1975 the Indians who resided on the Reserve claimed that CP did not have a right to use the right-of-way and they barricaded it to prevent the passage of trains. CP commenced proceedings in trespass and sought a permanent injunction to enjoin any future trespass. The Indians counterclaimed for a declaration respecting title to the eastern crossing.

Ce pourvoi est formé, avec l'autorisation de la Cour, contre l'arrêt rendu le 28 septembre 1983 par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (les juges Ryan, Stratton et La Forest), 50 R.N.-B. (2^e) 126, 131 A.P.R. 126, 2 D.L.R. (4th) 22, [1984] 3 C.N.L.R. 42, qui a accueilli l'appel du jugement prononcé le 28 avril 1981 par le juge Dickson de la Cour du Banc de la Reine, 34 N.B.R. (2d) 382, 85 A.P.R. 382, [1981] 4 C.N.L.R. 39, qui avait accordé une injonction permanente contre la bande de la réserve indienne de Woodstock l'empêchant d'entraver l'exercice du droit de passage que l'appelante Canadien Pacifique Limitée («CP») possède sur la réserve indienne n° 23 de Woodstock. Le juge de première instance a rejeté la demande reconventionnelle de la bande visant à obtenir un jugement déclaratoire portant que le bien-fonds servant d'emprise était détenu par Sa Majesté la Reine à l'usage et au profit de la bande, ainsi que des dommages-intérêts pour l'intrusion que CP aurait commise sur le bien-fonds en question. En accueillant l'appel, la Cour d'appel a annulé l'injonction permanente et lui a substitué une injonction provisoire de six mois pour permettre aux parties de parvenir à un règlement.

I. Les faits

Les intimés font partie de la tribu Malécite qui habite la réserve indienne de Woodstock, connue sous le nom de réserve n° 23. La réserve est constituée d'une longue bande de terrain qui s'étend d'est en ouest, dont la largeur est d'environ 7½ chaînes et la longueur d'environ 360 chaînes. La réserve est située juste à la sortie de la ville de Woodstock. CP exploite un chemin de fer dont le tracé sinueux traverse la réserve à trois endroits que l'on peut appeler le passage à niveau ouest, le passage à niveau central et le passage à niveau est. C'est le passage à niveau est qui fait l'objet du présent litige. En 1975, les Indiens qui résidaient sur la réserve ont prétendu que CP n'avait pas le droit d'utiliser l'emprise et ils l'ont barricadée pour empêcher les trains de passer. CP a intenté une action en déclaration d'intrusion et elle a demandé une injonction permanente interdisant toute intrusion à l'avenir. Les Indiens ont riposté par une demande reconventionnelle visant à obtenir une déclaration de titre concernant le passage à niveau est.

The Reserve lands, including the eastern crossing, were part of the estate of one Peter Fraser. By deed dated May 22, 1851 the land was conveyed by Beverly Robinson, executor of Peter Fraser's estate, to Her Majesty the Queen as represented by the Lieutenant-Governor of New Brunswick. The deed stated that:

... Whereas His Excellency Sir Edmund Walker Head Baronet Lieutenant Governor and Commander in Chief of the said Province for and on behalf of Her Majesty Queen Victoria hath agreed with the said Beverly Robinson for the purchase of the said tract of land for Public uses; that is to say, for the use of the Melicette Tribe of Indians at the Meductic in the County of Carleton during the [pleasure] of Her Majesty in Lieu of a Tract of land of which the said Indians have been wrongfully deprived as is alleged.

The land was to be held

... unto Her Majesty her Heirs and Successors forever for the uses and purposes set forth and explained in the above recital during the Pleasure of Her Most Gracious Majesty or for such other Public uses and purposes as to Her Majesty her Heirs and Successors may be graciously pleased to apply the same anything in these presents contained to the contrary thereof notwithstanding.

The trial judge found that, while there is no evidence of any formal allotment of the lands, it appears clear that the lands so acquired were, on acquisition, allotted *de facto* to the Meductic Maliseet Tribe whose members were the ancestors of those Indians now comprising what is known as the Woodstock Band.

The CP line between Debec Junction and Woodstock, of which the eastern crossing forms a part, was laid out and constructed by the Woodstock Railway Company between 1865 and 1868. The Woodstock Railway Company was incorporated by the New Brunswick statute entitled *An Act to incorporate the Woodstock Railway Company*, S.N.B. 1864, 27 Vict., c. 57 (the "1864 incorporating statute") for the express purpose of constructing a railway line between Woodstock and the Maine border. Section 24 of the 1864 incorporating statute provides:

Les terres de la réserve, y compris le passage à niveau est, faisaient partie de la succession d'un certain Peter Fraser. Par acte scellé en date du 22 mai 1851, les terres ont été transférées par Beverly Robinson, exécutrice testamentaire de Peter Fraser, à Sa Majesté la Reine, représentée par le lieutenant-gouverneur du Nouveau-Brunswick. L'acte en question portait notamment:

[TRADUCTION] ... Attendu que Son Excellence sir Edmund Walker Head baronnet, lieutenant-gouverneur et commandant en chef de ladite province au nom et pour le compte de Sa Majesté la Reine Victoria a convenu avec ladite Beverly Robinson d'acheter ladite étendue de terre à des fins publiques, c'est-à-dire à l'usage par la tribu d'Indiens malécites de Meductic dans le comté de Carleton jusqu'à [révocation] par Sa Majesté, en remplacement d'une étendue de terre dont ces Indiens ont été illégalement dépossédés, tel qu'on l'a prétendu.

Les terres devaient être transférées

[TRADUCTION] ... à Sa Majesté, ses héritiers et successeurs à tout jamais, à l'usage et aux fins mentionnés et détaillés dans l'exposé ci-dessus, jusqu'à révocation par Sa Gracieuse Majesté, ou à toute autre fin ou tout usage publics auxquels Sa Majesté, ses héritiers et successeurs voudront gracieusement les destiner, et ce, malgré toute stipulation contraire contenue dans les présentes.

Le juge de première instance a conclu que même s'il n'existe aucune preuve d'une attribution officielle des terres ainsi acquises, il semble clair que celles-ci ont été, dès leur acquisition, attribuées de fait à la tribu Malécite de Meductic, dont les membres étaient les ancêtres des Indiens qui forment ce qu'on appelle maintenant la bande de Woodstock.

La ligne de CP entre Debec Junction et Woodstock, dont le passage à niveau est fait partie, a été tracée et construite par la Compagnie du chemin de fer de Woodstock entre 1865 et 1868. La Compagnie du chemin de fer de Woodstock a été constituée par une loi du Nouveau-Brunswick intitulée *An Act to incorporate the Woodstock Railway Company*, S.N.B. 1864, 27 Vict., chap. 57 (la «Loi constitutive de 1864»), dans le but exprès de construire une ligne de chemin de fer entre Woodstock et la frontière de l'État du Maine. L'article 24 de la Loi constitutive de 1864 prévoit ce qui suit:

24. The said Company shall be and are hereby invested with all the powers, privileges and immunities which are or may be necessary to carry into effect the intentions and objects of this Act; and for this purpose the said Company, their successors, deputies, agents, and assistants, shall have the right to enter and go into and upon the lands and grounds of all and every description lying on the said route and general direction as aforesaid, for the purpose of making surveys, examinations, or other necessary arrangements for fixing the site of the said Railway; and it shall and may be lawful for the said Company and their successors to take and hold so much of the land and other real estate as may be necessary for the laying out, making and constructing, and convenient operation of the said Railway, and shall also have the right to take, remove, and use, for the necessary construction and repair of said Railway and appurtenances, any earth, gravel, stone, timber, or other material, on or from the land so taken, without any previous agreement with the owner or owners, tenant or tenants of the land, and upon which such survey, examination or other arrangements may be made, or through which the said Railway may be explored, laid out, worked, made, and constructed, or on which materials and other things shall be laid for the purposes of the said Railway; provided always, that the said land so taken shall not exceed six rods in width, except where greater width is necessary for the purpose of excavation or embankment; and when the said Railway shall pass through any wood lands or forests, the said Company shall have the right to fell or remove any trees standing thereon, to the distance of six rods from either side of the said Railway, which by their liabilities to be blown down, or from their natural falling, might obstruct or impair said Railway; provided always, that in all cases the said Company shall pay for such lands or estate so taken and used, (in case the owner thereof demand it,) such price as the said Company and the owner or respective owners thereof may mutually agree on; . . . provided also, that nothing in this Act contained shall be construed to affect the rights of the Crown in any ungranted lands within this Province, or to authorize the said Company to enter upon or take possession of any such land without the previous permission of the Executive Government of the Province.

During the same sitting the New Brunswick legislature enacted *An Act in aid of the construction of Railways*, S.N.B. 1864, 27 Vict., c. 3. The purpose of this statute was to provide provincial aid in the construction of certain railway lines,

[TRADUCTION] 24. Ladite compagnie est par les présentes investie de tous les pouvoirs, privilèges et immunités dont elle a ou pourrait avoir besoin pour réaliser l'intention et les objets de cette loi. À cette fin, la compagnie, ses successeurs, ses fondés de pouvoir, ses mandataires et ses adjoints ont le droit de pénétrer sur les terres et territoires de toutes sortes qui se trouvent sur le parcours et dans la direction générale susmentionnés, dans le but de faire des relevés, des examens et de prendre toutes autres mesures nécessaires pour déterminer l'emplacement dudit chemin de fer. La compagnie et ses successeurs peuvent prendre et détenir la partie du bien-fonds et des autres biens immeubles qui peut être nécessaire au tracé, à la construction et à l'exploitation efficace dudit chemin de fer, et ils ont aussi le droit de prendre, d'enlever et d'utiliser, aux fins de la construction et de la réparation nécessaires dudit chemin de fer et de ses dépendances, la terre, le gravier, les pierres, le bois et les autres matières qui se trouvent sur les terres ainsi prises, sans entente préalable avec le propriétaire ou les propriétaires, le locataire ou les locataires des terrains, et qui peuvent faire l'objet des relevés, des examens et des autres mesures susmentionnés, ou sur lesquels ledit chemin de fer peut être tracé et construit ou sur lesquels des matériaux et autres objets doivent être déposés pour les fins dudit chemin de fer; pourvu toujours que les terres ainsi prises n'excèdent pas six perches de largeur, sauf si une largeur plus grande est nécessaire à des fins d'excavation et de terrassement; et lorsque ledit chemin de fer traverse des terrains boisés ou des forêts, ladite compagnie a le droit d'abattre ou d'enlever tous arbres qui s'y trouvent, sur une distance de six perches de chaque côté dudit chemin de fer, dont la chute, naturelle ou provoquée, risquerait de bloquer ou de détériorer ledit chemin de fer; pourvu toujours que dans tous les cas ladite compagnie paie, en échange des biens-fonds ou des biens immeubles ainsi pris et utilisés (au cas où le propriétaire de ceux-ci le demanderait), le prix convenu mutuellement par la compagnie et le propriétaire ou les propriétaires respectifs de ceux-ci; [. . .] pourvu aussi que rien dans la présente loi ne soit interprété de manière à porter atteinte aux droits qu'a la Couronne sur les terres non concédées de cette province ou de manière à autoriser ladite compagnie à pénétrer sur l'une quelconque de ces terres ou à en prendre possession sans l'autorisation préalable du gouvernement de la province.

Au cours de la même session, l'assemblée législative du Nouveau-Brunswick a adopté la loi intitulée *An Act in aid of the construction of Railways*, S.N.B. 1864, 27 Vict., chap. 3. Cette loi avait pour objet d'apporter l'aide de la province à

including that of the Woodstock Railway Company. Section 9 provided:

9. When any of the Lines of Railway in this Act mentioned, or the said Branches or Extensions, shall pass through Crown Lands, the Governor in Council shall grant, for the purposes of such Roads, necessary Crown Lands for tracks, sidings and stations.

Another statute entitled *An Act in addition to the Act in aid of the construction of Railways*, S.N.B. 1865, 28 Vict., c. 12, empowered railways to enter upon private lands for the purpose of carrying on their works.

Various routes for the Debec-Woodstock branch line were proposed in 1865. By 1866, a line had been chosen and on January 11, 1866 the Woodstock Railway Company's engineer reported thereon to the Provincial Secretary. On March 7, 1866, the Company signed an undertaking which provided:

That the said Woodstock Railway Company having agreed with Messrs. Whitehead and Rutherford to construct a Railway from the Debeck Station in the New Brunswick and Canada Railway to the south side of the mouth of the Madnyakik stream in the Town of Woodstock, upon the location approved of by the Government of the Province of New Brunswick, and which contract has also been submitted to said Government and approved by them. The said Railway Company do hereby agree with the Queen to build said Railway according to the terms of said contract, or if such contract should cease to make a contract for the construction thereof, upon such terms as may hereafter be approved of by said Government.

And further, that said Company agrees to obey and observe such terms and conditions as may be directed and imposed upon them by the Government of the Province of New Brunswick for the protection of the public interests.

That the provisions of the Act in aid of construction of Railways passed in the 27th year of the Reign of Her present Majesty shall be taken to be a part of this agreement.

Work began right away and continued until, on August 8, 1868, the government engineer reported

la construction de certaines lignes ferroviaires, y compris celle de la Compagnie du chemin de fer de Woodstock. L'article 9 prévoyait ce qui suit:

[TRADUCTION] 9. Lorsque l'une des lignes de chemin de fer mentionnées dans cette loi, ou leurs embranchements ou prolongements, doivent traverser des terres de la Couronne, le gouverneur en conseil doit concéder, aux fins de ces voies de communication, les terres de la Couronne nécessaires pour les voies ferrées, les voies de garage et les gares.

Une autre loi, intitulée *An Act in addition to the Act in aid of the construction of Railways*, S.N.B. 1865, 28 Vict., chap. 12, habilitait les compagnies de chemin de fer à pénétrer sur des terres privées afin d'y effectuer leurs travaux.

Divers tracés ont été proposés en 1865 pour l'embranchement de Debec-Woodstock. En 1866, une voie avait été choisie et, le 11 janvier 1866, l'ingénieur de la Compagnie du chemin de fer de Woodstock a fait rapport à ce sujet au secrétaire provincial. Le 7 mars 1866, la compagnie a signé un engagement qui prévoyait ceci:

[TRADUCTION] Ladite Compagnie du chemin de fer de Woodstock a convenu avec MM. Whitehead et Rutherford de construire un chemin de fer allant de la gare de Debec du chemin de fer du Nouveau-Brunswick et du Canada jusqu'à la rive sud de l'embouchure de la rivière Madnyakik dans la ville de Woodstock, à l'endroit approuvé par le gouvernement de la province du Nouveau-Brunswick; le contrat a également été soumis audit gouvernement, qui l'a approuvé. Ladite compagnie de chemin de fer convient, par les présentes, avec la Reine de construire ledit chemin de fer selon les modalités dudit contrat, ou si ce dernier prenait fin, de passer un contrat visant la construction du chemin de fer en question, selon les modalités qui pourront être approuvées par la suite par ledit gouvernement.

En outre, ladite compagnie convient de respecter et d'observer les modalités que pourra leur imposer le gouvernement de la province du Nouveau-Brunswick dans l'intérêt public.

Les dispositions de l'Act in aid of the construction of Railways, adoptée pendant la 27^e année du règne de Sa Majesté actuelle, seront considérées comme faisant partie intégrante de cette convention.

Les travaux ont débuté immédiatement et se sont poursuivis jusqu'à ce que le 8 août 1868, l'ingé-

to the Provincial Secretary that the work had been substantially completed, with all track laid, and that permission had been given to open the line for traffic. On September 16, 1869 he certified that the total length of the branch line was eleven miles and that "it is completed and ready for traffic."

By a series of transactions the use of the operations, rights and assets of the Woodstock Railway Company passed to CP which has operated the branch line from 1891 until the present. In 1873, the Woodstock Railway Company was amalgamated with other companies to form the New Brunswick and Canada Railway Company ("NBCRC"). In 1882, the NBCRC leased all its railroad and assets to the New Brunswick Railway Company ("NBRC") for 999 years effective July 1, 1882. On July 1, 1890, the NBRC leased its railroad lines to the Canadian Pacific Railway Company for a period of 990 years. This agreement or lease was confirmed and ratified by the New Brunswick statute, S.N.B. 1891, c. 14, and by the federal statute, S.C. 1891, c. 74.

On March 13, 1908, the Woodstock Band resident on the Reserve surrendered by way of quit claim to His Majesty a certain portion of the Reserve intended for sale to one Coster Wetmore. The portion is described as:

... all that portion of Lot Twenty-seven on the westerly side of the River St. John ... being the easterly end of the said lot, excepting thereout and therefrom the Right of Way of the Canadian Pacific Railway, the public highway and a road allowance sixty-six feet wide extending from the said public highway westerly through the said portion of lot twenty-seven to the west boundary of the said portion. The said west boundary is to be drawn at right angles to the north limit of the said lot.

The purchase price received by the government was to be held in trust for the Indians. The trial judge found that the right-of-way expressly excepted from the quit claim was the eastern crossing. In 1908 and 1909 five survey plans were prepared with respect to the Reserve. One of these

nieur du gouvernement déclare, dans un rapport au secrétaire provincial, que les travaux étaient en majeure partie complétés, toute la voie ferrée ayant été posée, et que la mise en service de la ligne avait été autorisée. Le 16 septembre 1869, il a certifié que la longueur totale de l'embranchement était de onze milles et qu'il [TRADUCTION] «était terminé et prêt à être mis en service».

Suite à une série de transactions, l'exploitation, les droits et les biens de la Compagnie du chemin de fer de Woodstock sont passés aux mains de CP qui exploite maintenant l'embranchement depuis 1891. En 1873, la Compagnie du chemin de fer de Woodstock a fusionné avec d'autres compagnies pour former la Compagnie du chemin de fer du Nouveau-Brunswick et du Canada. En 1882, la Compagnie du chemin de fer du Nouveau-Brunswick et du Canada a loué tout son réseau de chemins de fer et ses biens à la Compagnie du chemin de fer du Nouveau-Brunswick pour 999 années, à compter du 1^{er} juillet 1882. Le 1^{er} juillet 1890, la Compagnie du chemin de fer du Nouveau-Brunswick a loué ses lignes de chemin de fer à la Compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique pour une période de 990 ans. Ce contrat ou bail a été confirmé et ratifié par une loi du Nouveau-Brunswick, S.N.B. 1891, chap. 14, et par une loi fédérale, S.C. 1891, chap. 74.

Le 13 mars 1908, la bande de Woodstock qui habitait la réserve a cédé à Sa Majesté par voie de renonciation une certaine partie de la réserve destinée à être vendue à un certain Coster Wetmore. Cette partie est décrite ainsi:

[TRADUCTION] ... toute la partie du lot vingt-sept située sur la rive ouest de la rivière Saint-Jean [...] c'est-à-dire l'extrémité est dudit lot, à l'exception de l'emprise de la Compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique, la voie publique et un tracé de route d'une largeur de soixante-six pieds allant de ladite voie publique en direction ouest et traversant ladite partie du lot vingt-sept jusqu'à la limite ouest de ladite partie. Ladite limite ouest doit être tirée à angle droit de la limite nord dudit lot.

Le produit de la vente touché par le gouvernement devait être détenu en fiducie pour les Indiens. Le juge de première instance a statué que l'emprise expressément exclue de la renonciation était le passage à niveau est. En 1908 et en 1909, cinq levés des plans ont été préparés relativement à la

plans showed the eastern crossing which was described on the plan as "Can. Pac. Ry., Atlantic Divn., Woodstock Secn., right of Way across Indian Reserve." The trial judge was of the view that these plans were prepared as a result of efforts being made by CP to obtain or provide documentary title to the crossings on the Reserve.

By Letters Patent issued on February 12, 1912 the Crown granted to CP, in consideration of \$75 paid by CP to the Superintendent General of Indian Affairs, the freehold interest in the central and western crossings over the Reserve. There had never been any surrender by the Indians of the central and western crossing lands. The trial judge found that there was at no time any "formal grant" or "express formal conveyance" of the eastern crossing made by the Crown to CP. He concluded that the reason a formal grant was made of the central and western crossings but not of the eastern crossing was because the Crown thought either that the eastern crossing lands had been conveyed in the 1908 quit claim and the 1910 grant to Coster Wetmore which followed it or legal title to the eastern crossing had vested in CP's predecessors at the time of the construction of the line. The Wetmore grant included the lands surrendered by the Indians in 1908. These lands were eventually reacquired by the Crown in 1966 after various mesne conveyances (though there is some doubt that Wetmore had a valid title). On June 1, 1976, an order-in-council was passed setting aside the lands for the use and benefit of the Woodstock Band of Indians as an addition to Woodstock Indian Reserve No. 23.

II. The Courts Below

A. *The Court of Queen's Bench*

Dickson J. noted that no specific declaration as to title or even interest in the lands comprised in

réserve. Un de ces levés faisait état du passage à niveau est qui était désigné sur le levé par les mots [TRADUCTION] «Ch. de fer can. Pac., div. Atlantique, sect. Woodstock, emprise traversant la réserve indienne». Le juge de première instance était d'avis que ces levés avaient été préparés suite aux efforts déployés par CP en vue d'obtenir ou de fournir un titre écrit concernant les passages à niveau sur la réserve.

Par lettres patentes délivrées le 12 février 1912, la Couronne a cédé à CP, moyennant la somme de 75 \$ versée par CP au surintendant général des Affaires indiennes, un droit de tenure franche sur le passage à niveau central et le passage à niveau ouest traversant la réserve. Les Indiens n'avaient jamais cédé les terrains sur lesquels se trouvaient le passage à niveau central et le passage à niveau ouest. Le juge de première instance a statué qu'il n'y avait jamais eu de [TRADUCTION] «concession officielle» ni de [TRADUCTION] «transfert officiel exprès» du passage à niveau est à CP par la Couronne. Il a conclu que la raison pour laquelle le passage à niveau central et le passage à niveau ouest avaient fait l'objet d'une concession officielle, mais non le passage à niveau est, était que la Couronne croyait soit que le bien-fonds sur lequel se trouvait le passage à niveau est avait été transféré par la renonciation de 1908 et la concession de 1910, faite en faveur de Coster Wetmore qui l'avait suivie, soit que le titre de propriété du passage à niveau est était passé aux prédécesseurs de CP au moment de la construction de la ligne. La concession faite en faveur de Wetmore comprenait les terrains que les Indiens avaient cédés en 1908. La Couronne a acquis de nouveau ces terrains en 1966 à la suite de divers transferts intermédiaires (bien qu'il existe certains doutes quant à la validité du titre de Wetmore). Le 1^{er} juin 1976, les terres ont été réservées, par décret, à l'usage et au profit de la bande indienne de Woodstock, à titre de complément à la réserve indienne n° 23 de Woodstock.

j II. Les tribunaux d'instance inférieure

A. *La Cour du Banc de la Reine*

Le juge Dickson a souligné qu'on ne lui demandait aucune déclaration particulière de titre ni

the eastern crossing was sought before him, but concluded, rightly in the view of this Court, that any adjudication of the issues before him would involve some degree of resolution of the question of title or interest in that crossing. The difficulty in making any final or absolute finding as to ownership or entitlement to use the land, he found, was occasioned by the absence as a party to the litigation of the NBCRC, the head-lessor. The trial judge was unaware whether or not the NBCRC was still in existence.

Dickson J. found that the Band has no present claim to the land. Before Confederation the Crown, as it had every right to do, allocated all of the lands comprised in the Debec to Woodstock railway right-of-way, including the eastern crossing, to the Woodstock Railway Company under the 1864 and 1865 statutes. He found that upon the laying out of the lines, which occurred in the years 1865 and 1866 and was completed in the latter year, the fee simple title to the right-of-way vested in the Woodstock Railway Company. The fact that the surrender of 1908 included the words "excepting thereout and therefrom the Right of Way of the Canadian Pacific Railway" was merely a recognition of the fact that the railway company was already the owner and occupier of that right-of-way. He added that it was immaterial whether the Woodstock Railway Company took the fee simple or only an easement because even the more limited right would be sufficient for CP to maintain its action for an injunction.

B. *The Court of Appeal*

The Court of Appeal reversed the trial judge and held that the Reserve is Crown land held for the benefit of the Band. La Forest J.A. (as he then was) concluded that while s. 24 of the 1864 incorporating statute permitted the Company to enter and take possession of Crown lands so long as it

même de droit relativement au bien-fonds sur lequel était situé le passage à niveau est, mais il a conclu, à juste titre selon nous, que toute décision sur les questions dont il était saisi l'amènerait dans une certaine mesure à se prononcer sur la question du titre ou du droit relatif à ce passage à niveau. La difficulté à en venir à une conclusion finale ou absolue au sujet de la propriété des terrains ou du droit de les utiliser, a-t-il jugé, tenait au fait que le bailleur principal, la Compagnie du chemin de fer du Nouveau-Brunswick et du Canada n'était pas partie au litige. Le juge de première instance ne savait pas si la Compagnie du chemin de fer du Nouveau-Brunswick et du Canada existait encore.

Le juge Dickson a statué que la bande n'a actuellement aucun droit sur les terrains. Avant la Confédération, la Couronne, comme elle était entièrement habilitée à le faire, a attribué tous les terrains compris dans l'emprise de chemin de fer allant de Debec à Woodstock, y compris le passage à niveau est, à la Compagnie du chemin de fer de Woodstock en vertu des lois de 1864 et de 1865. Il a jugé que lors de la construction de la ligne, qui avait commencé en 1865 pour se terminer en 1866, le titre en fief simple relatif à l'emprise avait été dévolu à la Compagnie du chemin de fer de Woodstock. L'inclusion, dans la cession de 1908, des mots [TRADUCTION] «à l'exception de l'emprise de la Compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique» ne faisait que reconnaître le fait que la compagnie de chemin de fer était déjà le propriétaire et l'occupant de cette emprise. Il a ajouté qu'il n'importait pas de savoir si la Compagnie du chemin de fer de Woodstock avait acquis un titre en fief simple ou simplement une servitude, car même le droit plus restreint serait suffisant pour permettre à CP de poursuivre sa demande d'injonction.

i B. *La Cour d'appel*

La Cour d'appel a infirmé la décision du juge de première instance et elle a décidé que la réserve était une terre de la Couronne détenue au profit de la bande. Le juge La Forest (alors juge de la Cour d'appel) a conclu que même si l'art. 24 de la Loi constitutive de 1864 permettait à la compagnie de

had the permission of the government to do so, this did not affect the Crown's right or title to these lands. Before Confederation the Woodstock Railway Company, by virtue of the various statutory provisions, had, in addition to permission to use the land, acquired a vested statutory right to obtain a right-of-way over the Crown lands through which the railway ran upon fulfilling all necessary requirements on its part. The Company did not, however, acquire title under these statutes but only a right to have the land transferred on fulfilment of the statutory requirements. Through some "unexplained inadvertence" no transfer was ever made. Nor was there any surrender by the Indians. Accordingly, the Company's interference with the Indians' interest continued pursuant only to the statutorily authorized permission. That permission has never been revoked. However, a permanent injunction should not be issued on the basis of a right in the Company which was intended to be merely temporary. Rather, a six-month injunction should be ordered to give the parties an opportunity to negotiate a settlement of the Band's interest.

III. The Nature of CP's Interest

In order to define clearly the nature of the railway's interest in the eastern crossing, we must look to the language of the statutes, to any agreements between the original parties and to subsequent actions and declarations of the parties. CP claims any right it may have through its 990-year lease from NBRC dated July 1, 1890. NBRC's interest depends in turn on its 999-year lease from NBCRC dated July 1, 1882. Finally, any original grant of a fee simple or easement or other right was to the Woodstock Railway Company whose entire interest would have passed to NBCRC which was created by the amalgamation of the Woodstock and other railway companies in 1873. As the trial judge indicated, it is difficult to settle the title issue conclusively and authoritatively in the absence of NBCRC as a party. However, it is possible on the evidence available to the Court to reach a conclusion for purposes of this appeal as to

pénétrer sur les terres de la Couronne et d'en prendre possession pourvu qu'elle ait obtenu l'autorisation du gouvernement, cela ne portait pas atteinte au droit ou au titre de la Couronne sur ces terres. Avant la Confédération, la Compagnie du chemin de fer de Woodstock, en vertu de diverses dispositions législatives, avait, outre la permission d'utiliser les terres, le droit acquis prévu par la loi d'obtenir une emprise sur les terres de la Couronne que traversait le chemin de fer, à la condition d'avoir rempli toutes les conditions requises. Toutefois, la compagnie a acquis non pas un titre en vertu de ces lois, mais uniquement le droit au transfert des terres une fois remplies les conditions imposées par la loi. À la suite de quelque «oubli inexplicé» aucun transfert n'a jamais eu lieu, pas plus qu'il n'y a eu de renonciation par les Indiens. En conséquence, la compagnie a continué de porter atteinte aux droits des Indiens uniquement en vertu de l'autorisation prévue par la loi, laquelle n'a jamais été révoquée. Toutefois, une injonction permanente ne devrait pas être délivrée uniquement en raison d'un droit de la Compagnie qui était censé être tout simplement temporaire. Il y aurait plutôt lieu de délivrer une injonction de six mois afin de permettre aux parties de négocier un règlement concernant les droits de la bande.

f III. La nature du droit de CP

Pour définir clairement la nature du droit de la compagnie de chemin de fer sur le passage à niveau est, nous devons examiner le texte des lois, toutes les ententes conclues entre les parties initiales, ainsi que les actions et les déclarations subséquentes des parties. CP réclame tous les droits qu'elle peut avoir en vertu du bail de 990 ans qu'elle a signé le 1^{er} juillet 1890 avec la Compagnie du chemin de fer du Nouveau-Brunswick. Les droits de la Compagnie du chemin de fer du Nouveau-Brunswick dépendent, à leur tour, du bail de 999 ans qu'elle a signé le 1^{er} juillet 1882 avec la Compagnie du chemin de fer du Nouveau-Brunswick et du Canada. Enfin, toute concession initiale d'un titre en fief simple ou d'une servitude ou de tout autre droit s'est effectuée en faveur de la Compagnie du chemin de fer de Woodstock dont tous les droits seraient passés à la Compagnie du chemin de fer du Nouveau-Brunswick et du

whether CP has, by virtue of its long lease, a fee simple or an easement in the Reserve lands.

The 1864 incorporating statute clearly provides in s. 24 that the Company and its successors have the right "to take and hold so much of the land and other real estate as may be necessary for the laying out, making and constructing, and convenient operation of the said Railway". The taking, holding and using of the land authorized in s. 24 is made conditional on the provision "that in all cases the said Company shall pay for such lands or estate so taken and used, (in case the owner thereof demand it,) such price as the said Company and the owner or respective owners thereof may mutually agree on . . ." Section 24 concludes by saying that "nothing in this Act contained shall be construed to affect the rights of the Crown in any ungranted lands within this Province, or to authorize the said Company to enter upon or take possession of any such land without the previous permission of the Executive Government of the Province." The language of s. 24 is such that the railway company may "take and hold" Crown land with the Crown's permission. There is no requirement that a special form be used for such permission or that the permission is only temporary until some sort of formal document is drawn up. The section also makes a clear distinction between the owner of the land, i.e., the party who holds the fee simple and the Company. For example, s. 24 permits the Company, for the purposes of construction and repair of the railway to remove and use any earth, gravel, stone and timber "without any previous agreement with the owner or owners, tenant or tenants of the land". Such a provision regarding permission would of course be meaningless if the Company itself had the fee simple. Furthermore, the railway company is to pay com-

Canada qui a été créée par la fusion de la Compagnie du chemin de fer de Woodstock avec d'autres compagnies ferroviaires en 1873. Comme l'a indiqué le juge de première instance, il est difficile de régler la question du titre de propriété de façon concluante et décisive en l'absence de la Compagnie du chemin de fer du Nouveau-Brunswick et du Canada comme partie au litige. Il est toutefois possible, selon la preuve dont dispose la Cour, de décider, aux fins du présent pourvoi, si CP possède, en vertu de son bail à long terme, un titre en fief simple ou une servitude sur les terres de la réserve.

La Loi constitutive de 1864 prévoit clairement à l'art. 24 que la compagnie et ses successeurs peuvent [TRADUCTION] «prendre et détenir la partie du bien-fonds et des autres biens immeubles qui peut être nécessaire au tracé, à la construction et à l'exploitation efficace dudit chemin de fer». La prise de possession, la détention et l'usage des terres est autorisée par l'art. 24 [TRADUCTION] «pourvu toujours que dans tous les cas ladite compagnie paie, en échange des biens-fonds ou des biens immeubles ainsi pris et utilisés (au cas où le propriétaire de ceux-ci le demanderait), le prix convenu mutuellement par la compagnie et le propriétaire ou les propriétaires respectifs de ceux-ci . . . » L'article 24 conclut en précisant que [TRADUCTION] «rien dans la présente loi ne [doit être] interprété de manière à porter atteinte aux droits qu'a la Couronne sur les terres non concédées de cette province ou de manière à autoriser ladite compagnie à pénétrer sur l'une quelconque de ces terres ou à en prendre possession sans l'autorisation préalable du gouvernement de la province». L'article 24 est rédigé de telle manière que la compagnie peut «prendre et détenir» des terres de la Couronne avec la permission de cette dernière. Rien n'exige que cette autorisation revête une forme particulière ni qu'elle ne soit que temporaire jusqu'à ce qu'un document officiel quelconque ait été rédigé. Cet article établit aussi une nette distinction entre le propriétaire du bien-fonds, c'est-à-dire la partie qui détient le titre en fief simple, et la compagnie. Par exemple, l'art. 24 permet à la compagnie d'enlever et d'utiliser, aux fins de construire et de réparer le chemin de fer, de la terre, du gravier, des pierres et du bois [TRADUCTION] «sans entente préalable avec le proprié-

compensation for the lands taken or used to the person who is referred to as the "owner", not the "previous owner".

The Woodstock Railway Company could point to a number of sources in support of the position that it had the permission of the Crown to take and use the lands. First, there is s. 9 of *An Act in aid of the construction of Railways* which states:

9. When any of the Lines of Railway in this Act mentioned, or the said Branches or Extensions, shall pass through Crown Lands, the Governor in Council shall grant, for the purposes of such Roads, necessary Crown Lands for tracks, sidings, and stations.

With great respect to La Forest J.A.'s opinion to the contrary, this Court finds that it is the preferable interpretation of s. 9 that completion of the line was not a prerequisite to the grant of some proprietary interest in the land. The prerequisite was that the land be needed for the construction of the line. There is nothing to suggest that completion must precede the grant. The significance of the lack of such stipulation is highlighted by use of the term "completion" in several other sections of the same Act. For example, s. 5 states:

5. No agreement shall be entered into for the completion of a Line to connect with the Province of Nova Scotia, until satisfactory arrangements are made with the Government of that Province for the completion of the connection with the Nova Scotia Railways.

Similarly, s. 6 provides that the Governor in Council shall pay a yearly sum of money to the Company "upon the completion of such Line of Railway" and s. 10 includes the pronouncement that "on the completion of the Road according to the

taire ou les propriétaires, le locataire ou les locataires des terrains». Une telle disposition en matière d'autorisation n'aurait évidemment aucun sens si le titre en fief simple appartenait à la compagnie. En outre, la compagnie de chemin de fer doit verser une indemnité pour les terrains pris ou utilisés à la personne qui est appelée [TRADUCTION] «le propriétaire» et non [TRADUCTION] «le propriétaire précédent».

La Compagnie du chemin de fer de Woodstock a pu citer un certain nombre de décisions à l'appui de sa position selon laquelle elle avait l'autorisation de la Couronne de prendre et d'utiliser les terres visées. Tout d'abord, il y a l'art. 9 de la loi intitulée *An Act in aid of the construction of Railways*, qui prévoit ce qui suit:

[TRADUCTION] 9. Lorsque l'une des lignes de chemin de fer mentionnées dans cette loi, ou leurs embranchements ou prolongements, doivent traverser des terres de la Couronne, le gouverneur en conseil doit concéder, aux fins de ces voies de communication, les terres de la Couronne nécessaires pour les voies ferrées, les voies de garage et les gares.

En toute déférence pour l'opinion contraire du juge La Forest de la Cour d'appel, nous jugeons que l'interprétation qu'il est préférable de donner à l'art. 9 est que l'achèvement de la ligne n'était pas une condition préalable à la concession d'un certain droit de propriété sur les terres; il suffisait que les terres soient nécessaires à la construction de la ligne. Rien ne laisse croire que l'achèvement de la ligne doit précéder la concession. L'importance que revêt l'absence d'une telle stipulation est soulignée par l'emploi du terme [TRADUCTION] «achèvement» dans plusieurs autres articles de la même loi. Par exemple, l'art. 5 dit:

[TRADUCTION] 5. Aucune entente ne sera conclue pour l'achèvement d'une ligne destinée à relier la province de la Nouvelle-Écosse tant que des arrangements satisfaisants n'auront pas été pris avec le gouvernement de cette province en vue d'achever le raccordement avec les chemins de fer de la Nouvelle-Écosse.

De la même façon, l'art. 6 prévoit que le gouverneur en conseil devra verser à la compagnie une somme annuelle [TRADUCTION] «une fois achevée cette ligne de chemin de fer», et l'art. 10 dit notamment que [TRADUCTION] «une fois achevée

terms of the agreement, such mortgage or first charge shall cease and determine.” The specific reference to completion in other sections of the same Act leads us to conclude that had completion been necessary in order that s. 9 come into play, there would have been an express indication to that effect. Furthermore, a contrary construction would entail a two-step procedure for the acquisition of the required lands involving, perhaps, a licence initially followed by a grant of easement or the fee simple. Such a two-step procedure is not contemplated by s. 9. *La Forest J.A.* in the Court of Appeal construed the words “When any of the Lines . . . shall pass . . .” to mean “When the line has passed”. With all due respect, we do not think the section envisages that no interest in the land will be granted until after completion of the work.

The March 7, 1866 undertaking provides some further support for the position that the Crown gave the Woodstock Railway Company permission to take and hold the lands of the eastern crossing. That undertaking states that a contract to build the railway had been made “upon the location approved of by the Government of the Province of New Brunswick, and which contract has also been submitted to said Government and approved of by them”. By the terms of this undertaking the Company agreed to build the railway in accordance with the contract or “upon such terms as may hereafter be approved of by the Government”. The wording of the undertaking indicates that the government approved the Company’s plans for the location of the railway and that this approval involved permission to take and hold the lands identified in the plans. There is no indication that this permission was temporary. Furthermore, in 1891 both the New Brunswick legislature and the federal parliament enacted legislation to confirm and ratify CP’s lease of the right-of-way from NBRC. Such confirmation and ratification must amount to an acknowledgment that permission had been given for the railway to be built where it was. It follows from s. 24 of the 1864 incorporating statute that in light of this permission the

la voie selon les modalités de l’entente, cette hypothèque ou charge de premier rang prendra fin et expirera». La mention expresse de l’achèvement de la ligne dans d’autres articles de la même loi nous porte à conclure que si l’achèvement avait été nécessaire pour que s’applique l’art. 9, on l’aurait dit expressément. De plus, l’interprétation contraire exigerait que l’acquisition des terres requises se fasse au moyen d’une procédure en deux étapes qui consisterait peut-être en l’obtention préalable d’un permis suivie de la concession d’une servitude ou d’un titre en fief simple. Une telle procédure en deux étapes n’est pas envisagée par l’art. 9. Le juge *La Forest* de la Cour d’appel a considéré que les mots [TRADUCTION] «Lorsque l’une des lignes [...] doit] traverser [...]» signifiaient [TRADUCTION] «Lorsque la ligne a traversé». En toute déférence, nous ne croyons pas que l’article prévoit qu’il ne sera concédé aucun droit sur les terres avant l’achèvement des travaux.

L’engagement en date du 7 mars 1866 renforce l’opinion que la Couronne a donné à la Compagnie du chemin de fer de Woodstock la permission de prendre et de détenir le bien-fonds sur lequel est situé le passage à niveau est. Cette entente stipule qu’un contrat a été signé en vue de construire le chemin de fer [TRADUCTION] «à l’endroit approuvé par le gouvernement de la province du Nouveau-Brunswick; le contrat a également été soumis audit gouvernement, qui l’a approuvé». Aux termes de cet engagement, la compagnie convenait de construire le chemin de fer conformément au contrat ou [TRADUCTION] «selon les modalités qui pourront être approuvées par la suite par ledit gouvernement». Le texte de l’engagement indique que le gouvernement a approuvé les plans de la compagnie relatifs à l’emplacement de la voie ferrée et que cette approbation impliquait la permission de prendre et de détenir les terres mentionnées dans les plans. Rien n’indique que cette permission était temporaire. De plus, en 1891, l’assemblée législative du Nouveau-Brunswick et le Parlement fédéral ont tous les deux adopté une loi pour confirmer et ratifier la location par CP de l’emprise de la Compagnie du chemin de fer du Nouveau-Brunswick. Cette confirmation et cette ratification doivent équivaloir à la reconnaissance

Woodstock Railway Company was entitled to take and hold the land it used.

On the other hand, the intent behind and effect of the 1908 surrender by the Band remains unclear. The Band expressly excepted CP's right-of-way from its quit claim. The trial judge concluded that this was a recognition by the Band of CP's legal entitlement, that it, the Band, no longer had any interest in that land to quit claim. A contrary inference may, however, just as readily be made. The Band may have been seeking through the express exception of CP's right-of-way to achieve the very opposite, to retain its rights over the eastern crossing. This Court favours the latter view and concludes therefore that if CP has a fee simple or easement in the eastern crossing, it does so independently of the terms of the 1908 surrender. It does so by virtue of the way in which the Crown has dealt with its freehold interest, i.e., by negotiating the particular undertaking it did with the Woodstock Railway Company.

In the opinion of this Court, the proper conclusion to be drawn is that the Woodstock Railway Company obtained the permission of the Crown to take and hold the land over which the railway passed including the eastern crossing. The right to take and hold land for the construction and operation of a railway seems to us to involve the grant of some kind of proprietary interest in the land. There is no requirement that a grant from the Crown be in some special form. Statutory authorization for a taking is certainly sufficient. There is nothing in the relevant statutory provisions or in the 1866 agreement to indicate that the permission given to the Woodstock Railway Company was in any sense intended to be temporary. Although it is not strictly necessary for the disposition of this case to define the precise nature of the interest acquired by the Woodstock Railway Company, we think it desirable to say something on the subject

que l'autorisation de construire le chemin de fer là où il a été construit avait été donnée. Il découle de l'art. 24 de la Loi constitutive de 1864 que, compte tenu de cette autorisation, la Compagnie du chemin de fer de Woodstock avait le droit de prendre et de détenir les terres qu'elle a utilisées.

D'autre part, l'intention et l'effet de la cession de 1908 par la bande restent obscurs. La bande a expressément exclu l'emprise de CP de sa renonciation. Le juge de première instance a conclu qu'il s'agissait là de la reconnaissance, par la bande, du droit que la loi conférait à CP et qu'elle, c'est-à-dire la bande, n'avait plus aucun droit sur ces terres auquel elle puisse renoncer. Il est cependant tout aussi facile de déduire le contraire. La bande peut avoir cherché, au moyen de l'exclusion expresse de l'emprise de CP, à obtenir le résultat tout à fait opposé, c'est-à-dire à conserver ses droits sur le passage à niveau est. Nous préférons ce dernier point de vue et nous concluons par conséquent que si le CP possède un titre en fief simple ou une servitude relativement au passage à niveau est, il en est ainsi indépendamment des conditions de la cession de 1908. Elle doit cela à la façon dont la Couronne a traité son droit de tenure franche, c'est-à-dire en négociant l'engagement particulier qu'elle a pris avec la Compagnie du chemin de fer de Woodstock.

Selon nous, la bonne conclusion à tirer est que la Compagnie du chemin de fer de Woodstock a obtenu de la Couronne la permission de prendre et de détenir les terres sur lesquelles passait le chemin de fer, y compris le passage à niveau est. Le droit de prendre et de détenir des terres pour la construction et l'exploitation d'un chemin de fer doit comporter la concession d'un certain droit de propriété sur ces terres. Rien n'exige qu'une concession par la Couronne revête une forme particulière. Il est certes suffisant qu'une loi autorise la prise de possession. Rien n'indique dans les dispositions législatives pertinentes ou dans l'entente de 1866 que l'autorisation accordée à la Compagnie du chemin de fer de Woodstock était en aucune façon censée être temporaire. Bien qu'il ne soit pas strictement nécessaire, pour trancher la présente affaire, de définir la nature précise du droit acquis par la Compagnie du chemin de fer de Woodstock,

given the trial judge's finding that the Woodstock Railway Company acquired the fee simple to the eastern crossing. If the trial judge was wrong on this, the possibility of a residual Indian interest in the land may arise.

We have already expressed the view that the wording of s. 24 of the railway company's incorporating statute militates against there having been a grant of the fee simple. The "owner" of the land is distinguished from the railway company itself. Furthermore, in 1912, as mentioned above, the Crown granted the CP Letters Patent for the freehold interest in the central and western crossings in consideration of the sum of \$75. If the Crown had granted the fee simple to the Woodstock Railway Company in the 1860's, it would be strange indeed if the Crown could grant the freehold interest to a sub-lessee of the Woodstock Railway Company's successor in 1912.

It appears, in our opinion, that what the Woodstock Railway Company had, and what CP now has by virtue of its lease, is a statutory right-of-way, i.e., an easement. In his text entitled *The Law of Easements and Profits* (1978), Paul Jackson writes that: "A right of way granted by virtue of statutory provisions is not necessarily limited to the purposes for which the dominant tenement was used at the time of the grant. Nonetheless the limits within which a grant can be made are determined by the construction of the relevant statute..." (p. 143). Jackson goes on to say: "The phrase 'statutory easement' is not a term of art but it provides a convenient label under which to discuss various types of rights which owe their origins to statute and can be conveniently described as easements—whether because of their more or less close resemblance to easements arising from the acts of parties or because they are, whatever their lack of such resemblance, called

nous jugeons souhaitable de dire quelque chose à ce sujet, étant donné la conclusion du juge de première instance portant que la Compagnie du chemin de fer de Woodstock avait acquis un titre en fief simple sur le passage à niveau est. Si le juge de première instance a commis une erreur à cet égard, il se peut alors que les Indiens aient un droit résiduel sur le bien-fonds.

Nous avons déjà exprimé l'opinion que le texte de l'art. 24 de la loi constitutive de la compagnie de chemin de fer milite contre la concession d'un titre en fief simple. Une distinction est faite entre le «propriétaire» du bien-fonds et la compagnie de chemin de fer elle-même. En outre, en 1912, comme nous l'avons déjà mentionné, la Couronne a concédé à CP, par lettres patentes, un droit de tenure franche sur le passage à niveau central et le passage à niveau ouest, moyennant la somme de 75 \$. Si la Couronne avait concédé le titre en fief simple à la Compagnie du chemin de fer de Woodstock au cours des années 1860, il serait fort étrange qu'elle ait pu en 1912 concéder le droit de tenure franche à un sous-preneur de la compagnie qui a succédé à la Compagnie du chemin de fer de Woodstock.

Il appert, à notre avis, que ce que possédait la Compagnie du chemin de fer de Woodstock, et ce que possède maintenant CP en vertu de son bail, est un droit de passage conféré par la loi, c'est-à-dire une servitude. Dans son ouvrage intitulé *The Law of Easements and Profits* (1978), Paul Jackson écrit ceci: [TRADUCTION] «Un droit de passage concédé en vertu des dispositions d'une loi ne se limite pas nécessairement aux objectifs pour lesquels le fonds dominant était utilisé au moment de la concession. Néanmoins, les limites dans lesquelles une concession peut être faite sont déterminées par l'interprétation de la loi applicable...» (p. 143). L'auteur ajoute: [TRADUCTION] «L'expression «servitude légale» n'est pas un terme technique mais elle est une appellation commode dont on peut se servir pour discuter de divers types de droits qui tirent leur origine d'une loi et qui peuvent utilement être décrits comme des servitudes, que ce soit à cause de leur plus ou moins grande ressemblance avec des servitudes découlant du fait des parties, ou encore parce que les lois qui les

'easements' by the statutes which create them" (p. 189).

The essential qualities of an easement were succinctly stated by Lord Evershed, M.R., in *Re Ellenborough Park*, [1956] Ch. 131, at p. 163:

They are (1) there must be a dominant and a servient tenement: (2) an easement must "accommodate" the dominant tenement: (3) dominant and servient owners must be different persons, and (4) a right over land cannot amount to an easement, unless it is capable of forming the subject-matter of a grant.

In the present case the dominant tenement—the lands held outright by the railway—are benefitted by the right-of-way across the servient tenement of the Crown. The right-of-way accommodates the dominant tenement. It is evident that the dominant and servient owners are different persons. The interest of the railway is certainly capable of forming the subject-matter of a grant. Thus, we conclude that the interest granted to the Woodstock Railway Company from which CP now derives any benefit it might have is a statutory easement in the nature of a right-of-way. The nature and extent of a right-of-way depends on the proper construction of the language of the instrument creating it: *United Land Co. v. Great Eastern Railway Co.* (1875), L.R. 10 Ch. App. 586; *Cannon v. Villars* (1878), 8 Ch. D. 415.

The foregoing discussion of the nature of the railway's interest is, we believe, consistent with earlier authority on the interpretation of railway interests. In *City of Vancouver v. Canadian Pacific Railway Co.* (1894), 23 S.C.R. 1, this Court considered s. 18 of the *Act respecting the Canadian Pacific Railway Company*, S.C. 1881, c. 1, which gave certain statutory rights to the Railway over designated lands. When the city of Vancouver began works which interfered with the Canadian Pacific Railway Company's use of the land, Gwynne J. held that on the true construction of

créent les appellent «servitudes», malgré le peu de ressemblance qu'il peut y avoir entre les deux» (p. 189).

Les caractéristiques essentielles d'une servitude ont été succinctement exposées par le maître des rôles, lord Evershed, dans l'arrêt *Re Ellenborough Park*, [1956] Ch. 131, à la p. 163.

[TRADUCTION] Elles sont les suivantes: (1) il doit y avoir un fonds dominant et un fonds servant; (2) une servitude doit «servir» le fonds dominant; (3) le propriétaire du fonds dominant et celui du fonds servant doivent être deux personnes distinctes, et (4) un droit foncier ne peut constituer une servitude, à moins de pouvoir faire l'objet d'une concession.

En l'espèce, le fonds dominant, c'est-à-dire les terres bel et bien détenues par la compagnie de chemin de fer, est avantagé par le droit de passage sur le fonds servant de la Couronne. Le droit de passage sert le fonds dominant. Il est évident que le propriétaire du fonds dominant et celui du fonds servant sont deux personnes distinctes. Le droit de la compagnie de chemin de fer peut assurément faire l'objet d'une concession. Donc, nous en arrivons à la conclusion que le droit concédé à la Compagnie du chemin de fer de Woodstock dont CP tire maintenant un avantage qu'il peut comporter est une servitude légale qui participe d'un droit de passage. La nature et l'étendue d'un droit de passage dépend de l'interprétation qu'il faut donner au texte de l'instrument qui le crée: voir *United Land Co. v. Great Eastern Railway Co.* (1875), L.R. 10 Ch. App. 586; *Cannon v. Villars* (1878), 8 Ch. D. 415.

L'analyse qui précède de la nature du droit de la compagnie de chemin de fer est conforme à des décisions antérieures portant sur l'interprétation des droits des compagnies de chemin de fer. Dans l'arrêt *City of Vancouver v. Canadian Pacific Railway Co.* (1894), 23 R.C.S. 1, cette Cour a étudié l'art. 18 de l'*Acte concernant le chemin de fer Canadien du Pacifique*, S.C. 1881, chap. 1, qui accordait à la compagnie de chemin de fer certains droits sur des terres désignées. Lorsque la ville de Vancouver a commencé des travaux qui nuisaient à l'utilisation des terres par la Compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique, le juge Gwynne a statué que, selon la bonne interprétation

the statute the Company's rights superseded the public right of access claimed by the city.

Similarly, in *Canadian Pacific Railway Co. v. Toronto Corporation*, [1911] A.C. 461 (P.C.), where the appellant contested the order of the Railway Committee to the Canadian Pacific Railway Co. and the Grand Trunk Railway to carry a bridge over their lines at Yonge Street in Toronto, Ontario, the Privy Council held that public rights of user along the route took precedence over the railroad interest and were entitled to protection. The Judicial Committee was impressed by the statutes and agreements involved in the case which clearly indicated that public rights were to be saved. The *City of Vancouver v. Canadian Pacific Railway Co.* case was distinguished as being "based on the terms of a particular statute differing entirely from those contained in the statutes referred to in this case . . ." (p. 477) The key factor, then, must be the interpretation of the relevant piece of legislation. The Supreme Court of Canada reached the same conclusion as the Privy Council when it considered the above case (*sub nom. Grand Trunk Railway Co. of Canada v. City of Toronto* (1910), 42 S.C.R. 613). (Compare also the *Attorney-General for British Columbia v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1906] A.C. 204 (P.C.))

The jurisprudence makes it clear that resort must be had to the relevant statutes and documents in order to determine the nature and extent of a railway company's interest in land. We are in full agreement with that approach. Our conclusion for purposes of this appeal, based on an interpretation of the relevant statutes and documents, is that the Woodstock Railway Company acquired a statutory easement in the nature of a right-of-way in the eastern crossing. CP's interest in the eastern crossing is derived from that original acquisition.

IV. Title by Prescription or Adverse Possession

In light of our conclusion that CP derives its interest in the eastern crossing through the Wood-

de la loi, les droits de la compagnie l'emportaient sur le droit d'accès public réclamé par la ville.

De même, dans l'affaire *Canadian Pacific Railway Co. v. Toronto Corporation*, [1911] A.C. 461 (C.P.), où l'appelante contestait l'ordre donné par le Comité des chemins de fer à la Compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique et au Grand Tronc de chemin de fer d'ériger un pont au-dessus de leurs lignes sur la rue Yonge à Toronto (Ontario), le Conseil privé a statué que les droits d'usage publics le long du parcours l'emportaient sur les droits de la compagnie de chemin de fer et devaient être protégés. Le Comité judiciaire a été impressionné par les lois et les ententes en cause dans cette affaire qui indiquaient clairement que les droits publics devaient être sauvegardés. Une distinction a été faite d'avec l'arrêt *City of Vancouver v. Canadian Pacific Railway Co.* pour le motif qu'il [TRADUCTION] «se fondait sur les termes d'une certaine loi qui différaient complètement de ceux que l'on trouve dans les lois mentionnées en l'espèce . . .» (p. 477). Le facteur clé doit donc résider dans l'interprétation de la mesure législative applicable. Cette Cour a tiré la même conclusion que le Conseil privé lorsqu'elle a étudié l'affaire susmentionnée (*sub nom. Grand Trunk Railway Co. of Canada v. City of Toronto* (1910), 42 R.C.S. 613). (Comparer aussi avec l'arrêt *Attorney-General for British Columbia v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1906] A.C. 204 (C.P.))

Il ressort clairement de la jurisprudence qu'il faut recourir aux lois et aux documents applicables pour déterminer la nature et l'étendue du droit que possède une compagnie de chemin de fer sur un bien-fonds. Nous partageons entièrement ce point de vue. Après avoir interprété les lois et les documents applicables, nous concluons, pour les fins du présent pourvoi, que la Compagnie du chemin de fer de Woodstock a acquis une servitude légale qui participe d'un droit de passage sur le passage à niveau est. Le droit de CP sur le passage à niveau est découlé de cette acquisition initiale.

IV. Titre acquis par prescription ou possession adversative

Étant donné ma conclusion que CP tient de la Compagnie du chemin de fer de Woodstock son

stock Railway Company, it is clear that CP cannot have acquired title by prescription or adverse possession. There are, in fact, several reasons why CP cannot have acquired title this way. First, as La Forest J.A. noted, it would be inconsistent to hold that possession through the Crown could be claimed in order to divest the Indians of an interest in land which the Crown holds for their benefit. Further, we have noted above that s. 24 of the 1864 incorporating statute granted permission to the Woodstock Railway Company to enter and take possession of the land. Because this permission has never been revoked, the Company had a legal right to be on the land and the time period for adverse possession never began to run. Finally, it seems that as a constitutional matter provincial prescription legislation would not apply to Indian lands: see *The Queen v. Smith*, [1981] 1 F.C. 346 (C.A.), (overturned on other grounds, [1983] 1 S.C.R. 554); and *Derrickson v. Derrickson*, [1986] 1 S.C.R. 285, at p. 296. Federal limitation provisions are inapplicable here. Section 38 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, applies to actions in the Federal Court and proceedings brought by or against the Crown. For all of these reasons, it is clear that CP cannot claim title by way of prescription or adverse possession.

V. Has the Band's Interest Been Extinguished?

The issue in this case is whether a permanent injunction should be awarded against the respondents. CP, in our view, has either a leasehold interest in the head lessor's right-of-way or an absolute interest in the right-of-way if a 990-year lease can be viewed as tantamount to a transfer. Generally speaking, an injunction will issue to restrain an interference or anticipated interference with a person's rightful enjoyment of the use of his land. Robert J. Sharpe has noted in his book entitled *Injunctions and Specific Performance* (1983), at p. 180 that "The discretion in this area has crystallized to the point that, in practical terms, the

droit sur le passage à niveau est, il est clair qu'elle ne peut avoir acquis un titre par prescription ou possession adversative. Il existe, en fait, plusieurs raisons pour lesquelles CP ne peut avoir acquis un titre de cette façon. Tout d'abord, comme l'a noté le juge La Forest de la Cour d'appel, il ne serait pas logique de prétendre que la possession qui s'opère par l'entremise de la Couronne puisse déposséder les Indiens de leur droit sur un bien-fonds que la Couronne détient à leur profit. De plus, nous avons déjà mentionné que l'art. 24 de la Loi constitutive de 1864 autorisait la Compagnie du chemin de fer de Woodstock à pénétrer sur le bien-fonds et à en prendre possession. Étant donné que cette autorisation n'a jamais été révoquée, la compagnie était légalement autorisée à se trouver sur le bien-fonds, de sorte que le délai applicable à la possession adversative n'a jamais commencé à courir. Finalement, il semble que sur le plan constitutionnel, la législation provinciale en matière de prescription ne s'applique pas aux terres des Indiens: voir les arrêts *La Reine c. Smith*, [1981] 1 C.F. 346 (C.A.) (infirmé pour d'autres motifs, [1983] 1 R.C.S. 554), et *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285, à la p. 296. Les dispositions fédérales en matière de prescription ne s'appliquent pas en l'espèce. L'article 38 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e supp.), chap. 10, s'applique aux actions devant la Cour fédérale et aux procédures intentées par ou contre la Couronne. Pour tous ces motifs, il est clair que CP ne peut prétendre avoir acquis un titre par prescription ou possession adversative.

V. Y a-t-il eu extinction du droit de la bande?

La question en l'espèce est de savoir si une injonction permanente devrait être délivrée contre les intimés. CP doit avoir soit un droit de tenure à bail sur l'emprise du bailleur principal, soit un droit absolu sur l'emprise si un bail de 990 ans peut être considéré comme un transfert de propriété. De façon générale, une injonction est délivrée pour empêcher une atteinte actuelle ou prévue à la jouissance légitime d'un bien-fonds par une personne. Robert J. Sharpe a souligné, dans son ouvrage intitulé *Injunctions and Specific Performance* (1983), à la p. 180, que [TRADUCTION] «L'exercice du pouvoir discrétionnaire dans ce

conventional primacy of common law damages over equitable relief is reversed. Where property rights are concerned, it is almost that damages are presumed inadequate, and an injunction to restrain continuation of the wrong is the usual remedy.”^a However, if it is found that the Band also has an interest in the land comprising the eastern crossing, then a court may be more reluctant, depending upon the nature of the Band’s interest, to grant a permanent injunction against them.

Dickson J. found at trial that the 1844 statute on the management and disposal of indian reserves, S.N.B. 1844, 7 Vict., c. 47, gave the Crown an unfettered right to deal with reserves, particularly where the development of the colony was concerned. Indeed, he concluded that the land in question had not been formally allocated as a reserve prior to Confederation. He also held that the vesting of the land in the Woodstock Railway Company could not be defeated by any failure to pay compensation, if indeed no compensation was paid, because under the relevant statutory provision the entitlement to compensation was entirely dependent on a claim for such compensation being made. In any event, the compensation provision would at best have created an obligation of debt which would have been unenforceable by application of successive Statutes of Limitation. Dickson J. also noted that the land around the eastern crossing had been owned for a time by Coster Wetmore so that the eastern crossing was remote from the remaining lands of the Band. Furthermore, there was no assertion of title by or on behalf of the Band for several decades. Dickson J. treated these factors as significant in reaching his conclusion that the Band now had no interest in the eastern crossing.

The New Brunswick Court of Appeal found that, even if the Reserve lands were not subject to the Royal Proclamation of 1763, they were at least governed by a similar regime. La Forest J.A. noted that the provincial statute, R.S.N.B. 1854, vol. 1,

domaine s’est à ce point cristallisé qu’en pratique la primauté classique des dommages-intérêts prévus par la *common law* sur les redressements autorisés en *equity* se trouve renversée. En matière de droits de propriété, on en vient presque à présumer que les dommages-intérêts sont insuffisants et l’on recourt habituellement à une injonction pour mettre fin au préjudice causé.»^a Toutefois, si l’on conclut que la bande a également un droit sur le bien-fonds situé sous le passage à niveau est, il se peut qu’un tribunal hésite davantage, selon la nature du droit de la bande, à délivrer contre elle une injonction permanente.

^c Le juge Dickson a conclu en première instance que la loi de 1844 sur la gestion et l’aliénation des réserves indiennes, S.N.B. 1844, 7 Vict., chap. 47, accordait à la Couronne le droit absolu de s’occuper des réserves, particulièrement lorsqu’il était question de l’essor de la colonie. Il a conclu, en fait, que les terres en question n’avaient pas été officiellement attribuées en tant que réserve avant la Confédération. Il a aussi statué que l’attribution des terres à la Compagnie du chemin de fer de Woodstock ne pouvait être annulée par l’omission de verser une indemnité, à supposer que ce fût le cas, parce qu’en vertu de la disposition législative applicable, le droit à une indemnité dépendait entièrement du dépôt d’une réclamation en ce sens.^d En tout état de cause, la disposition prévoyant une indemnité aurait tout au plus engendré une créance qui serait devenue inexigible par suite de prescriptions successives. Le juge Dickson a également souligné que les terres entourant le passage à niveau est avaient appartenu pendant un certain temps à Coster Wetmore de sorte que le passage à niveau est était isolé des autres terres de la bande.^e De plus, pendant plusieurs décennies, il n’y a eu aucune revendication de titre de la part ou pour le compte de la bande. Le juge Dickson a considéré ces facteurs comme importants lorsqu’il a conclu que la bande n’avait maintenant aucun droit sur le passage à niveau est.^f

La Cour d’appel du Nouveau-Brunswick a conclu que même si les terres de la réserve n’étaient pas régies par la Proclamation royale de 1763, elles étaient tout au moins assujetties à un régime semblable. Le juge La Forest de la Cour

c. 85, authorized the provincial government to sell or lease reserves, but included requirements that the sale or lease be made at a public auction and that the proceeds therefrom be applied for the benefit of the Indians. He noted that Indian title cannot be compulsorily divested in the absence of a clear intention to that effect on the part of the legislature. In this case, the legislature, he concluded, must have intended to displace the Indian title so far as need be for the construction and operation of the railway. However, the Indians never surrendered their title as required by law. La Forest J. concluded therefore that Indian title in the crossing subsists at the present time, although it could be surrendered or overridden by s. 35 of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, upon payment of compensation.

d'appel a souligné que la loi provinciale, R.S.N.B. 1854, vol. 1, chap. 85, autorisait le gouvernement provincial à vendre ou à louer les réserves, mais qu'elle imposait notamment comme condition que la vente ou la location se fasse aux enchères publiques et que le produit de celle-ci soit utilisé au profit des Indiens. Il a fait observer qu'un titre conféré aux Indiens ne peut leur être retiré d'office en l'absence d'une intention exprimée clairement en ce sens par le législateur. Le législateur en l'espèce, a-t-il conclu, doit avoir voulu que les Indiens soient dépossédés de leur titre dans la mesure où cela serait nécessaire à la construction et à l'exploitation du chemin de fer. Cependant, les Indiens n'ont jamais cédé leur titre comme l'exigeait la loi. Le juge La Forest a statué par conséquent que le titre conféré aux Indiens sur le passage à niveau subsiste de nos jours, bien qu'il soit possible d'y renoncer ou d'y passer outre en vertu de l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6, moyennant le versement d'une indemnité.

It is clear that by virtue of the 1851 deed the land in question was vested in the Crown. Shortly thereafter it became an Indian reserve. The trial judge placed some importance on the fact that there was no formal allocation of the land as a reserve prior to Confederation. It seems to us, however, to be somewhat inconsistent to demand such formality for allocation as a reserve while at the same time accepting the lack of a "formal grant" of land to the Woodstock Railway Company. We are of the view that it can be accepted that the land in question was part of the Woodstock Reserve before Confederation.

Il est clair qu'en vertu de l'acte scellé de 1851, les terres en question étaient dévolues à la Couronne. Peu après, elles sont devenues une réserve indienne. Le juge de première instance a accordé une certaine importance au fait qu'il n'y a eu aucune attribution officielle des terres en tant que réserve avant la Confédération. Cependant, il est quelque peu illogique d'exiger que cette attribution en tant que réserve revête un caractère officiel, tout en acceptant l'absence d'une «concession officielle» de terres à la Compagnie du chemin de fer de Woodstock. Nous estimons que l'on peut accepter que les terres en question faisaient partie de la réserve de Woodstock avant la Confédération.

The courts below were both of the view that the New Brunswick Government was entitled to deal with the land before Confederation. In the statutes of 1844 and 1854 the method by which reserve lands could be disposed of was set out. The method by which the Woodstock Railway Company could take and hold lands was set out in the 1864 incorporating statute. Compensation was to be paid only if the owner demanded it. The owner, i.e., the Crown, did not demand payment. In our opinion, the Woodstock Railway Company did all

Les tribunaux d'instance inférieure ont jugé tous les deux que le gouvernement du Nouveau-Brunswick avait le droit de s'occuper des terres en question avant la Confédération. La façon dont les terres des réserves pouvaient être aliénées est exposée dans les lois de 1844 et de 1854. La façon dont la Compagnie du chemin de fer de Woodstock pouvait prendre et détenir des terres était exposée dans la Loi constitutive de 1864. Une indemnité ne devait être versée au propriétaire que si celui-ci l'exigeait. Le propriétaire, c'est-à-dire la Cou-

it was required to do in order to obtain its interest in the lands comprising the eastern crossing. That interest was obtained prior to Confederation and so was subject only to the legislation of New Brunswick. Whether the government of the day carried out its obligations to the Band is a separate question which does not, in our view, affect the proprietary interest of CP in the land.

The question whether the Government of New Brunswick failed to carry out its obligations to the Band and whether the Band is entitled to damages or compensation as a consequence does not arise in this appeal. Those remain open questions. In this regard, we note the words of Dickson J. (as he then was) in the case of *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 376:

In my view, the nature of Indian title and the framework of the statutory scheme established for disposing of Indian land places upon the Crown an equitable obligation, enforceable by the courts, to deal with the land for the benefit of the Indians. This obligation does not amount to a trust in the private law sense. It is rather a fiduciary duty. If, however, the Crown breaches this fiduciary duty it will be liable to the Indians in the same way and to the same extent as if such a trust were in effect.

Dickson J. continued at p. 379:

It does not matter, in my opinion, that the present case is concerned with the interest of an Indian Band in a reserve rather than with unrecognized aboriginal title in traditional tribal lands. The Indian interest in the land is the same in both cases: see *Attorney-General for Quebec v. Attorney-General for Canada*, [1921] 1 A.C. 401, at pp. 410-11 (the *Star Chrome* case).

As indicated above, we have concluded that the Crown retained the fee simple in the lands comprising the eastern crossing. What the Woodstock Railway Company acquired was an easement or right-of-way. CP can claim no greater interest.

ronne, n'a pas exigé d'être payé. À notre avis, la Compagnie du chemin de fer de Woodstock a fait tout ce qu'elle devait faire pour obtenir un droit sur le bien-fonds situé sous le passage à niveau est.

^a Ce droit a été acquis avant la Confédération, de sorte qu'il n'était assujéti qu'à la législation du Nouveau-Brunswick. La question de savoir si le gouvernement de l'époque s'est acquitté de ses obligations envers la bande est une question distincte qui, à notre avis, ne porte pas atteinte au droit de propriété que possède CP sur le bien-fonds.

^b La question de savoir si le gouvernement du Nouveau-Brunswick a manqué à ses obligations envers la bande et si cette dernière a droit, par conséquent, à des dommages-intérêts ou à une indemnité ne se pose pas en l'espèce. Ces questions restent à être résolues. À cet égard, nous citons les propos tenus par le juge Dickson (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, à la p. 376:

^c À mon avis, la nature du titre des Indiens et les modalités prévues par la Loi relativement à l'aliénation de leurs terres imposent à Sa Majesté une obligation d'*equity*, exécutoire en justice, d'utiliser ces terres au profit des Indiens. Cette obligation ne constitue pas une fiducie au sens du droit privé. Il s'agit plutôt d'une obligation de fiduciaire. Si, toutefois, Sa Majesté manque à cette obligation de fiduciaire, elle assumera envers les Indiens exactement la même responsabilité qu'aurait imposée une telle fiducie.

^d Le juge Dickson ajoute, à la p. 379:

À mon avis, il est sans importance que la présente espèce concerne le droit d'une bande indienne sur une réserve plutôt qu'un titre aborigène non reconnu sur des terres tribales traditionnelles. Le droit des Indiens sur les terres est le même dans les deux cas: voir l'arrêt *Attorney-General for Quebec v. Attorney-General for Canada*, [1921] 1 A.C. 401, aux pp. 410 et 411 (l'affaire *Star Chrome*).

^e Comme nous l'avons déjà dit, nous avons conclu que la Couronne a conservé un titre en fief simple sur les terres situées sous le passage à niveau est. Ce qu'a acquis la Compagnie du chemin de fer de Woodstock est une servitude ou un droit de passage. CP ne peut réclamer un droit plus important.

Before turning to the jurisprudence on what must be done in order to extinguish the Indian interest in land, the exact nature of that interest must be considered. Courts have generally taken as their starting point the case of *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.), in which Indian title was described at p. 54 as a "personal and usufructuary right". This has at times been interpreted as meaning that Indian title is merely a personal right which cannot be elevated to the status of a proprietary interest so as to compete on an equal footing with other proprietary interests. However, we are of the opinion that the right was characterized as purely personal for the sole purpose of emphasizing its generally inalienable nature; it could not be transferred, sold or surrendered to anyone other than the Crown. That this was so was recognized as early as 1921 in *Attorney-General for Quebec v. Attorney-General for Canada*, [1921] 1 A.C. 401 (P.C.), where Duff J., speaking for the Privy Council, said at p. 408 "that the right recognized by the statute is a usufructuary right only and a personal right in the sense that it is in its nature inalienable except by surrender to the Crown." (Emphasis added.) This feature of inalienability was adopted as a protective measure for the Indian population lest they be persuaded into improvident transactions. In *Guerin, supra*, this Court recognized that the Crown has a fiduciary obligation to the Indians with respect to the lands it holds for them. On the nature of Indian interest Wilson J. noted at p. 349 that:

The Bands do not have the fee in the lands; their interest is a limited one. But it is an interest which cannot be derogated from or interfered with by the Crown's utilization of the land for purposes incompatible with the Indian title unless, of course, the Indians agree.

In that same case Dickson J. elaborated on the nature of Indian title at p. 382:

It appears to me that there is no real conflict between the cases which characterize Indian title as a beneficial interest of some sort, and those which characterize it a personal, usufructuary right. Any apparent inconsistency derives from the fact that in describing what constitutes a unique interest in land the courts have almost inevitably found themselves applying a somewhat inap-

Avant d'examiner la jurisprudence portant sur ce qu'il convient de faire pour mettre fin au droit des Indiens sur des terres, il faut étudier la nature exacte de ce droit. Les tribunaux ont généralement choisi comme point de départ l'arrêt *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (C.P.), qui décrit, à la p. 54, le titre indien comme [TRADUCTION] «un droit personnel, de la nature d'un usufruit». Cela a parfois été interprété comme signifiant que le titre indien est simplement un droit personnel qui ne peut jamais atteindre le statut de droit de propriété de façon à concurrencer sur un pied d'égalité d'autres droits de propriété. Cependant, nous sommes d'avis que ce droit a été qualifié de droit purement personnel dans le seul but de souligner son inaliénabilité générale; il ne pouvait être transféré, vendu ou cédé à personne d'autre que la Couronne. Ce fait a été reconnu dès 1921 dans l'arrêt *Attorney-General for Quebec v. Attorney-General for Canada*, [1921] 1 A.C. 401 (C.P.), où le juge Duff, s'exprimant au nom du Conseil privé, a affirmé à la p. 408 [TRADUCTION] «que le droit reconnu par la Loi est un droit de la nature d'un usufruit seulement et un droit personnel en ce sens que, par sa nature, il est inaliénable, sauf par cession à la Couronne.» (Nous soulignons.) Ce caractère inaliénable a été adopté pour protéger les Indiens contre des transactions irréflechies. Dans l'arrêt *Guerin*, précité, la Cour a reconnu que la Couronne assume envers les Indiens une obligation de fiduciaire à l'égard des terres qu'elle détient pour eux. Quant à la nature du droit des Indiens, le juge Wilson souligne, à la p. 349:

Les bandes n'ont pas la propriété absolue des terres; leur droit est limité. C'est cependant un droit auquel Sa Majesté ne peut porter atteinte ou qu'elle ne peut diminuer par l'utilisation des terres à des fins incompatibles avec le titre indien, à moins évidemment que les Indiens y consentent.

Dans le même arrêt, le juge Dickson explicite la nature du titre indien, à la p. 382:

Il me semble qu'il n'y a pas de conflit véritable entre les décisions qui qualifient le titre indien de sorte de droit de bénéficiaire et celles qui le qualifient de droit personnel, de la nature d'un usufruit. Toute apparence d'incompatibilité découle du fait que les tribunaux, en décrivant ce qui constitue un droit unique sur des terres, ont presque inévitablement appliqué une terminologie

propriate terminology drawn from general property law. There is a core of truth in the way that each of the two lines of authority has described native title, but an appearance of conflict has nonetheless arisen because in neither case is the categorization quite accurate.

Indians have a legal right to occupy and possess certain lands, the ultimate title to which is in the Crown. While their interest does not, strictly speaking amount to beneficial ownership, neither is its nature completely exhausted by the concept of a personal right. It is true that the *sui generis* interest which the Indians have in the land is personal in the sense that it cannot be transferred to a grantee, but it is also true, as will presently appear, that the interest gives rise upon surrender to a distinctive fiduciary obligation on the part of the Crown to deal with the land for the benefit of the surrendering Indians.

The statements of Judson J. in *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, at p. 328, are also helpful:

... when the settlers came, the Indians were there, organized in societies and occupying the land as their forefathers had done for centuries. This is what Indian title means and it does not help one in the solution of this problem to call it a "personal or usufructuary right".

The inescapable conclusion from the Court's analysis of Indian title up to this point is that the Indian interest in land is truly *sui generis*. It is more than the right to enjoyment and occupancy although, as Dickson J. pointed out in *Guerin*, it is difficult to describe what more in traditional property law terminology.

How then is Indian title to land extinguished? In *Calder, supra*, two views were expressed as to what was necessary to show that the sovereign intended to extinguish Indian title. Judson J. (speaking for himself and Martland and Ritchie JJ.) thought that alienation and other acts inconsistent with the existence of an aboriginal title was sufficient (p. 337). Hall J. (speaking for himself, Spence and Laskin JJ.) was of the view that such an intention must be "clear and plain" (p. 404). Did the Woodstock Railway Company's acquisi-

quelque peu inadéquate tirée du droit général des biens. Il y a un élément de vérité dans la description du titre indien qui se dégage de chacun des deux courants de jurisprudence, mais il y a tout de même apparence de conflit parce que dans ni l'un ni l'autre cas la catégorisation n'est tout à fait exacte.

Les Indiens ont le droit, en *common law*, d'occuper et de posséder certaines terres dont le titre de propriété est finalement détenu par Sa Majesté. Bien que leur droit n'équivaille pas, à proprement parler, à un droit de propriété à titre bénéficiaire, sa nature n'est pas définie complètement par la notion d'un droit personnel. Il est vrai que le droit *sui generis* des Indiens sur leurs terres est personnel en ce sens qu'il ne peut être transféré à un cessionnaire, mais il est également vrai, comme nous allons le constater plus loin, que ce droit, lorsqu'il est cédé, a pour effet d'imposer à Sa Majesté l'obligation de fiduciaire particulière d'utiliser les terres au profit des Indiens qui les ont cédées.

Les propos tenus par le juge Judson dans l'arrêt *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, à la p. 328, sont aussi utiles:

... lorsque les colons sont arrivés, les Indiens étaient déjà là, ils étaient organisés en sociétés et occupaient les terres comme leurs ancêtres l'avaient fait depuis des siècles. C'est ce que signifie le titre indien et en l'appelant «droit personnel de la nature d'un usufruit», la solution du problème n'en devient pas plus facile.

La conclusion inéluctable qui se dégage jusqu'à maintenant de l'analyse que la Cour a faite du titre indien est que les Indiens ont un véritable droit *sui generis* sur leurs terres. Il s'agit de quelque chose de plus qu'un droit de jouissance et d'occupation bien que, comme l'a souligné le juge Dickson dans l'arrêt *Guerin*, il soit difficile de décrire ce en quoi consiste ce quelque chose de plus au moyen de la terminologie traditionnelle du droit des biens.

Alors, comment s'éteint le titre indien sur des terres? Dans l'arrêt *Calder*, précité, deux points de vue ont été exprimés sur ce qui était nécessaire pour démontrer que le souverain entendait mettre fin au titre indien. Le juge Judson (s'exprimant en son propre nom et en celui des juges Martland et Ritchie) a estimé que l'aliénation et d'autres actes allant à l'encontre de l'existence d'un titre aborigène étaient suffisants (p. 337). Le juge Hall (s'exprimant en son propre nom et en celui des juges Spence et Laskin) s'est dit d'avis qu'il fallait

tion of an easement or right-of-way over the land extinguish the Band's interest in the underlying fee which continued to be held by the Crown? There seems to be no doubt, having regard to the fact that a right-of-way is itself a limited interest in land, that the Crown continued to hold the fee for the benefit of the Band unless it can be said that the Band's only interest was to the enjoyment and occupation. If its only interest was to the enjoyment and occupation, then it is clearly arguable that the Woodstock Railway Company's right-of-way was inconsistent with such an interest continuing in the Band. On the other hand, can it be said that the New Brunswick legislature's intention to extinguish the Band's interest in the underlying fee remaining in the Crown was "clear and plain"? Fortunately, we do not have to answer this difficult question because it is enough for purposes of this appeal to find that CP has a valid easement or right-of-way over the eastern crossing sufficient to support the award of a permanent injunction.

VI. Disposition

We allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal and uphold the exercise by the trial judge of his discretion to issue a permanent injunction. The appellant is entitled to its costs in this Court.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: John L. Bowles; McKelvey, Macaulay, Machum, Saint John.

Solicitors for the respondents Paul et al.: Mockler, Allen & Dixon, Fredericton.

Solicitors for the respondent Her Majesty the Queen in right of Canada: Frank Iacobucci, Ottawa; McCarthy & McCarthy, Toronto.

Solicitors for the respondent the New Brunswick Railway Company: Gilbert, McGloan, Gillis, Saint John.

Solicitor for the intervener: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

une intention «claire et expresse» (p. 404). L'acquisition par la Compagnie du chemin de fer de Woodstock d'une servitude ou d'un droit de passage sur les terres en question a-t-elle éteint le droit de la bande sur le fief sous-jacent que la Couronne continuait à détenir? Il ne semble faire aucun doute, compte tenu du fait qu'un droit de passage constitue lui-même un droit limité sur un bien-fonds, que la Couronne continuait à détenir le fief au profit de la bande à moins que l'on puisse dire que le seul droit de la bande en était un de jouissance et d'occupation. Si le droit de la bande n'en était qu'un de jouissance et d'occupation, on peut certes soutenir que le droit de passage de la Compagnie du chemin de fer de Woodstock était incompatible avec la subsistance du droit de jouissance et d'occupation de la bande. D'autre part, peut-on dire que l'intention de la législature du Nouveau-Brunswick d'éteindre le droit de la bande sur le fief sous-jacent que continuait de détenir la Couronne, était «claire et expresse»? Heureusement, nous n'avons pas à répondre à cette difficile question, car il suffit aux fins de ce pourvoi de conclure que CP a sur le passage à niveau est une servitude ou un droit de passage valides, suffisants pour justifier la délivrance d'une injonction permanente.

VI. Dispositif

La Cour est d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la décision de la Cour d'appel et de confirmer l'exercice par le juge de première instance de son pouvoir discrétionnaire de délivrer une injonction permanente. L'appelante a droit à ses dépens en cette Cour.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: John L. Bowles; McKelvey, Macaulay, Machum, Saint-Jean.

Procureurs des intimés Paul et autres: Mockler, Allen & Dixon, Fredericton.

Procureurs de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada: Frank Iacobucci, Ottawa; McCarthy & McCarthy, Toronto.

Procureurs de l'intimée la Compagnie du chemin de fer du Nouveau-Brunswick: Gilbert, McGloan, Gillis, Saint-Jean.

Procureur de l'intervenant: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Canadian National Railway Company
Appellant

v.

**James Mark Clark, an infant by his father
and next friend Mark Byron Clark**
Respondent

and

The Attorney General for New Brunswick
Respondent

and

**The Attorney General of Canada, the
Attorney General of Quebec and Canadian
Pacific Limited** *Interveners*

INDEXED AS: CLARK v. CANADIAN NATIONAL
RAILWAY CO.

File No.: 19299.

1987: May 8; 1988: December 15.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Lamer,
Wilson, Le Dain* and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEW BRUNSWICK

Constitutional law — Division of powers — Federal undertaking — Negligence — Child seriously injured by train — Action brought after limitation period provided for by federal act governing railways but within time allowed by provincial statute — Whether action statute barred — Whether federal limitation provision constitutionally valid or constitutionally applicable — Whether federal limitation provision conflicted with and rendered inoperative s. 18 of the provincial Limitation of Actions Act — Constitution Act, 1867, ss. 91(29), 92(10) — Railway Act, R.S.C. 1970, c. R.-2, s. 342(1) — Limitation of Actions Act, R.S.N.B. 1973, c. L-8, s. 18.

Respondent, who was then two years old, was seriously injured when he was struck by a C.N. train after he had wandered onto unfenced C.N. lands and railway tracks. The accident was alleged to have been caused by the negligence of the appellant and its employees, and in particular by a breach of common law duty of care, as

* Le Dain J. took no part in the judgment.

**Compagnie des chemins de fer nationaux du
Canada** *Appelante*

c.

^a **James Mark Clark, mineur représenté par
son représentant «ad litem», son père, Mark
Byron Clark** *Intimé*

et

^b **Le procureur général du Nouveau-Brunswick**
Intimé

et

^c **Le procureur général du Canada, le procureur
général du Québec et Canadien Pacifique**
Limitée Intervenant

RÉPERTORIÉ: CLARK c. COMPAGNIE DES CHEMINS DE
FER NATIONAUX DU CANADA

N° du greffe: 19299.

1987: 8 mai; 1988: 15 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz,
^e McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain* et
L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

^f *Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Entreprise fédérale — Négligence — Enfant grièvement blessé par un train — Action intentée après le délai de prescription prévu par une loi fédérale régissant les chemins de fer mais dans le délai accordé par une loi provinciale — L'action est-elle prescrite? — La disposition fédérale en matière de prescription est-elle, du point de vue constitutionnel, valide ou applicable? — La disposition fédérale en matière de prescription entre-t-elle en conflit avec l'art. 18 de la Loi sur la prescription provinciale ou le rend-elle inopérant? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), 92(10) — Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, chap. R-2, art. 342(1) — Loi sur la prescription, L.R.N.-B. 1973, chap. L-8, art. 18.*

ⁱ L'intimé, alors âgé de deux ans, a été grièvement blessé par un train alors qu'il s'était aventuré sur des terrains et des voies ferrées non clôturées appartenant au C.N. Il a allégué que l'accident avait été causé par la négligence de l'appelante et de ses employés et en particulier par la violation d'une obligation de diligence en

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

well as breaches of provisions of the *Railway Act* and the Uniform Code of Operating Rules. The action was instituted more than three years after the cause of action arose. In its defence the appellant denied the allegations of negligence and pleaded in the alternative that the respondent's action was barred by the two-year limitation period in s. 342(1) of the *Railway Act*. Respondent, however, argued that the applicable limitations of actions provision was s. 18 of the provincial *Limitations of Actions Act*, which would permit the action to be commenced within six years of the infant's attaining the age of majority. On an application for the determination before trial of a question of law, the Court of Queen's Bench held that the limitation period in s. 342(1) of the *Railway Act* was not applicable to the respondent's action against the appellant. The Court of Appeal upheld that decision. At issue here is whether s. 342(1) is applicable as a matter of construction and constitutional validity. The constitutional questions queried (1) whether s. 342(1) of the *Railway Act* was constitutionally valid or constitutionally applicable to this action, and (2) if so, whether it conflicted with and rendered inoperative s. 18 of the provincial *Limitation of Actions Act*.

Held: The appeal should be dismissed. Section 342(1) is *ultra vires* to the extent that it purports to apply to an action for damages for personal injury arising under provincial law. It was not necessary to answer the second constitutional question.

The action was a common law action for negligence arising under provincial law despite reliance on statutory duties. As a matter of construction, s. 342(1) applies to infant plaintiffs, notwithstanding any benefit that they might have under provincial law, because no exception was made on their behalf by Parliament. The provincial legislature cannot make exceptions to federal legislation.

The word "operation" in s. 342(1) should be given its plain and ordinary meaning which would include the running of the cars. To make "operation" mean "coming into operation", and so restrict the limitation period to actions arising during the period of the coming into operation, would add words which were not there and introduce an element of ambiguity as to when construction ends and operation begins. The ambiguity, if any, was in the French version alone. Given the general nature of the language used, Parliament did not intend

common law ainsi que par des violations des dispositions de la *Loi sur les chemins de fer* et du règlement d'exploitation uniformisé. L'action a été intentée plus de trois ans après la date où la cause d'action a pris naissance. Dans sa défense, l'appelante réfute les allé-
gations de négligence et plaide subsidiairement que l'action de l'intimé ne pouvait être intentée en raison du délai de prescription de deux ans que prévoit le par. 342(1) de la *Loi sur les chemins de fer*. Toutefois, l'intimé a soutenu que la disposition en matière de prescription qui s'applique est l'art. 18 de la *Loi sur la prescription* provinciale, qui permettrait que l'action soit intentée dans un délai de six ans à compter de la date à laquelle le mineur atteint la majorité. En vertu d'une demande pour qu'une décision soit rendue avant l'instance sur une question de droit, la Cour du Banc de la Reine a conclu que le délai de prescription que prévoit le par. 342(1) de la *Loi sur les chemins de fer* ne s'appliquait pas à l'action de l'intimé contre l'appelante. La Cour d'appel a confirmé cette décision. La question soulevée en l'espèce est de savoir si le par. 342(1) s'applique, comme question d'interprétation et de validité constitutionnelle. Les questions constitutionnelles sont de savoir (1) si le par. 342(1) de la *Loi sur les chemins de fer* est, du point de vue constitutionnel, valide et applicable en l'espèce et (2) dans l'affirmative, s'il entre en conflit avec l'art. 18 de la *Loi sur la prescription* provinciale ou le rend inopérant.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté. Le paragraphe 342(1) est *ultra vires* dans la mesure où il vise à s'appliquer à une action en dommages-intérêts pour blessures fondée sur une loi provinciale. Il n'est pas nécessaire de répondre à la seconde question constitutionnelle.

Il s'agit d'une action en négligence fondée sur la *common law* qui découle d'un droit provincial malgré le fait qu'elle soit fondée sur des obligations prévues par la loi. Du point de vue de l'interprétation, le par. 342(1) s'applique aux demandeurs mineurs, nonobstant tout avantage que peut leur conférer une loi provinciale, parce que le Parlement n'a prévu aucune exception à leur égard. L'assemblée législative ne peut prévoir d'exceptions à la loi fédérale.

La définition de l'expression «mise en service» au par. 342(1) devrait avoir son sens complet et ordinaire qui comprend le fonctionnement des wagons. Pour que l'expression «*operation*» signifie «*coming into operation*» et ainsi limite le délai de prescription aux actions qui ont pris naissance au début de la mise en œuvre, il faut ajouter des mots qui n'y sont pas et introduire un élément d'ambiguïté en ce qui a trait au moment de la fin de construction et du début de la mise en service. L'ambiguïté, s'il y en a une, se trouvait uniquement dans

to protect railways from actions during the period of the coming into operation of the railway but not during the period of its continuing operation.

Properly construed, s. 342(1) was intended to bar an action such as the one at bar. The purpose of the provision was to protect the railways from lawsuits generally and it was law suits founded on negligence to which railways were most vulnerable. Nothing in s. 342(1) suggested that Parliament intended its scope to be so restricted.

However, s. 342(1) is *ultra vires* in so far as it applies to an action such as the present one. The New Brunswick legislature is constitutionally competent to legislate in respect of general limitation periods by virtue of s. 92(13) and (14) of the Constitution. Undertakings falling under federal legislative competence by virtue of s. 92(10) are not thereby removed from the ambit of provincial legislative competence, and are not entirely embraced by the legislative authority of Parliament. While section 342(1) of the *Railway Act* is plainly legislation in relation to railways, a limitation provision relating to an action for personal injury caused by a railway cannot be said to be an integral part of federal jurisdiction. The core federal responsibility regarding railways is to plan, establish, supervise and maintain the construction and operation of rail lines, railroad companies, and related operations. The establishment of general limitation periods which affect those injured by the negligence of the railway is not part of that core federal responsibility or of any penumbra sufficiently proximate to satisfy the "integral element" test.

Section 342(1) can be restricted to a constitutionally permissible scope. The limitations period provision can be read as applying solely to breaches of statutory causes of action validly created under the *Railway Act*. Although Parliament may not have intended to restrict the limitation provision to those causes of action specifically created by the statute, s. 342(1) is capable of bearing that restricted meaning. To confine s. 342(1) to validly enacted causes of action under valid federal legislation does not deprive the section of all real effect; it merely reduces its scope to what is constitutionally permitted.

la version française. Compte tenu de la nature générale des mots employés, le Parlement n'a pas eu l'intention de protéger les chemins de fer contre des actions pendant la période du début de la mise en service du chemin de fer mais non pendant la période de son exploitation continue.

Interprété comme il se doit, le par. 342(1) visait à empêcher une action comme celle-ci. L'objet de la disposition était la protection des chemins de fer contre les poursuites judiciaires en général et c'est à l'égard des poursuites fondées sur la négligence que les chemins de fer étaient les plus vulnérables. Rien dans le texte du par. 342(1) ne laisse entendre que le Parlement avait l'intention d'en limiter la portée.

Toutefois, le par. 342(1) est *ultra vires* quant à son application dans une action comme celle-ci. La législation du Nouveau-Brunswick est constitutionnellement compétente pour légiférer en matière de délais de prescription généraux, en application des par. 92(13) et (14) de la Constitution. Les entreprises qui relèvent de la compétence législative fédérale en vertu du par. 92(10) ne sont pas de ce fait soustraites à la compétence législative provinciale de même qu'elles ne sont pas entièrement régies par l'autorité législative du Parlement. Bien que le par. 342(1) de la *Loi sur les chemins de fer* se rapporte clairement aux chemins de fer, on ne peut affirmer qu'une disposition concernant la prescription applicable à une action pour blessures causées par un train fait partie intégrante de la compétence fédérale. La responsabilité fédérale fondamentale en matière de chemins de fer est de planifier, d'établir, de superviser et de gérer la construction et l'exploitation de chemins de fer, de compagnies de chemin de fer et des opérations connexes. L'établissement de délais de prescription généraux qui touchent ceux qui sont blessés en raison de la négligence de l'entreprise de chemin de fer ne fait pas partie intégrante de cette responsabilité fédérale fondamentale ni n'en est assez proche pour répondre au principe «de la partie intégrante».

La portée du par. 342(1) peut être restreinte à des dimensions qui soient acceptables sur le plan constitutionnel. La disposition relative au délai de prescription peut être interprétée comme s'appliquant seulement aux violations des causes d'action validement créées par la *Loi sur les chemins de fer*. Bien que le Parlement ait pu avoir l'intention de ne pas restreindre la disposition sur la prescription aux causes d'action que la loi créait spécifiquement, il est possible de donner ce sens restreint au par. 342(1). Restreindre l'application du par. 342(1) aux causes d'action validement édictées en vertu d'une loi fédérale valide ne prive pas l'article de tout effet véritable; cela ne fait que restreindre sa portée à ce qui est acceptable sur le plan constitutionnel.

Cases Cited

Applied: *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754; **considered:** *Levesque v. New Brunswick Railway Co.* (1889), 29 N.B.R. 588; *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115; **distinguished:** *Canadian Northern Railway Co. v. Pszeniczny* (1916), 54 S.C.R. 36; *Williams v. Canadian National Railway Co.* (1976), 75 D.L.R. (3d) 87; *McArthur v. Northern and Pacific Junction Railway Co.* (1890), 17 O.A.R. 86; *Paskivski v. Canadian Pacific Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 687; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; **referred to:** *The Queen in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; *Grand Trunk Railway Company of Canada v. Attorney-General of Canada*, [1907] A.C. 65; *West v. Corbett* (1913), 47 S.C.R. 596; *Winnipeg Electric Railway Co. v. Aitken* (1921), 63 S.C.R. 586; *British Columbia Electric Railway Co. Ltd. v. Pribble*, [1926] A.C. 466; *Canadian Northern Railway Co. v. Robinson*, [1911] A.C. 739, aff'g (1910), 43 S.C.R. 387; *Greer v. Canadian Pacific Railway Co.* (1915), 51 S.C.R. 338; *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *R. v. Popovic*, [1976] 2 S.C.R. 308; *Reference re The Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198; *Reference respecting the Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141; *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654; *Bell Canada v. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *Canadian National Railway Co. v. Nor-Min Supplies Ltd.*, [1977] 1 S.C.R. 322; *Canadian Pacific Railway Co. v. Notre-Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367; *Madden v. Nelson and Fort Sheppard Railway Co.*, [1899] A.C. 626; *Canadian National Railway Co. v. Courtois*, [1988] 1 S.C.R. 868; *Alltrans Express Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 S.C.R. 897; *Attorney-General for Alberta and Winstanley v. Atlas Lumber Co.*, [1941] S.C.R. 87; *Cushing v. Dupuy* (1880), 5 App. Cas. 409.

Statutes and Regulations Cited

Canadian National Railways Act, R.S.C. 1970, c. C-10, s. 18.
Constitution Act, 1867, ss. 91(29), 92(10), (13), (14).
Employers' Liability Act, R.S.M. 1913, c. 61, s. 12.
Limitation of Actions Act, R.S.N.B. 1973, c. L-8, s. 18.
Lord's Day Act, R.S.C. 1970, c. L-13, s. 4.
Manitoba Railway Act, R.S.M. 1913, c. 168, s. 116.
Official Languages Act, R.S.C. 1970, c. O-2, s. 8(2)(d).
Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2, ss. 227, 336, 342(1).

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; **arrêts examinés:** *Levesque v. New Brunswick Railway Co.* (1889), 29 N.B.R. 588; *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115; **distinction d'avec les arrêts:** *Canadian Northern Railway Co. v. Pszeniczny* (1916), 54 R.C.S. 36; *Williams v. Canadian National Railway Co.* (1976), 75 D.L.R. (3d) 87; *McArthur v. Northern and Pacific Junction Railway Co.* (1890), 17 O.A.R. 86; *Paskivski c. Canadien Pacifique Ltée*, [1976] 1 R.C.S. 687; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; **arrêts mentionnés:** *La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; *Grand Trunk Railway Company of Canada v. Attorney-General of Canada*, [1907] A.C. 65; *West v. Corbett* (1913), 47 R.C.S. 596; *Winnipeg Electric Railway Co. v. Aitken* (1921), 63 R.C.S. 586; *British Columbia Electric Railway Co. Ltd. v. Pribble*, [1926] A.C. 466; *Canadian Northern Railway Co. v. Robinson*, [1911] A.C. 739, conf. (1910), 43 R.C.S. 387; *Greer v. Canadian Pacific Railway Co.* (1915), 51 R.C.S. 338; *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; *R. c. Popovic*, [1976] 2 R.C.S. 308; *Reference re The Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198; *Renvoi relativement à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141; *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Nor-Min Supplies Ltd.*, [1977] 1 R.C.S. 322; *Canadian Pacific Railway Co. v. Notre-Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367; *Madden v. Nelson and Fort Sheppard Railway Co.*, [1899] A.C. 626; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Courtois*, [1988] 1 R.C.S. 868; *Alltrans Express Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 R.C.S. 897; *Attorney-General for Alberta and Winstanley v. Atlas Lumber Co.*, [1941] R.C.S. 87; *Cushing v. Dupuy* (1880), 5 App. Cas. 409.

Lois et règlements cités

Employers' Liability Act, R.S.M. 1913, chap. 61, art. 12.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), 92(10), (13), (14).
Loi sur la prescription, L.R.N.-B. 1973, chap. L-8, art. 18.
Loi sur le dimanche, S.R.C. 1970, chap. L-13, art. 4.
Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, chap. R-2, art. 227, 336, 342(1).

Rules of Court of New Brunswick, s. 23.01.
Uniform Code of Operating Rules.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1985), 62 N.B.R. (2d) 276, 17 D.L.R. (4th) 58, dismissing an appeal from a judgment of Dickson J. (1984), 50 N.B.R. (2d) 356, 5 D.L.R. (4th) 690, on a preliminary issue. Appeal dismissed.

John J. Robinette, Q.C., and Ronald Jackson, for the appellant.

E. Neil McKelvey, Q.C., Ronald Ashfield, and Stephen J. Hutchison, for the respondent James Mark Clark.

Bruce Judah, for the respondent the Attorney General for New Brunswick.

R. P. Hynes and M. L. Basta, for the intervener the Attorney General of Canada.

Jean Bouchard, for the intervener the Attorney General of Quebec.

C. R. O. Munro, Q.C., and James V. West, for the intervener Canadian Pacific Limited.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—The question raised by this appeal is whether the limitation period in s. 342(1) of the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2, is applicable, as a matter of construction and constitutional validity, to the action in negligence of the respondent infant against the appellant railway company for injury as a result of being struck by a train operated by the appellant, or whether the applicable limitation period is that provided by s. 18 of the *Limitation of Actions Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-8.

The appeal is by leave of this Court from the judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1985), 17 D.L.R. (4th) 58, dismissing an appeal

Loi sur les chemins de fer nationaux du Canada, S.R.C. 1970, chap. C-10, art. 18.

Loi sur les langues officielles, S.R.C. 1970, chap. O-2, art. 8(2)d).

Manitoba Railway Act, R.S.M. 1913, chap. 168, art. 116.

Règlement d'exploitation uniformisé.

Règles de procédure du Nouveau-Brunswick, art. 23.01.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1985), 62 R.N.-B. (2^e) 276, 17 D.L.R. (4th) 58, qui a rejeté un appel contre un jugement du juge Dickson (1984), 50 R.N.-B. (2^e) 356, 5 D.L.R. (4th) 690, sur une question préliminaire. Pourvoi rejeté.

John J. Robinette, c.r., et Ronald Jackson, pour l'appelante.

E. Neil McKelvey, c.r., Ronald Ashfield, et Stephen J. Hutchison, pour l'intimé James Mark Clark.

Bruce Judah, pour l'intimé le procureur général du Nouveau-Brunswick.

R. P. Hynes et M. L. Basta, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Jean Bouchard, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

C. R. O. Munro, c.r., et James V. West, pour l'intervenante Canadien Pacifique Limitée.

Version française du jugement rendu par

LA COUR—La question soulevée dans le présent pourvoi consiste à déterminer si, dans l'action en négligence intentée par le mineur intimé contre la compagnie de chemins de fer appelante à la suite des blessures qu'il a subies lorsqu'il a été heurté par un train mis en service par l'appelante, le délai de prescription applicable est le délai prévu au par. 342(1) de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, chap. R-2, du point de vue de l'interprétation et de la constitutionnalité, ou le délai de prescription prévu à l'art. 18 de la *Loi sur la prescription*, L.R.N.-B. 1973, chap. L-8.

Le pourvoi est interjeté sur autorisation de cette Cour contre l'arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1985), 17 D.L.R. (4th) 58, qui

from the judgment of Dickson J. of the Court of Queen's Bench (1984), 5 D.L.R. (4th) 690, which held, on an application for the determination before trial of a question of law, that the limitation period in s. 342(1) of the *Railway Act* was not applicable to the respondent's action against the appellant. Before this Court, the Attorney General of Canada and Canadian Pacific Limited intervened in support of the appellant's contention that s. 342(1) is valid and applicable legislation. The Attorneys General for New Brunswick and Quebec intervened to support the respondent's claim that the section would not constitutionally bar the action.

I

Statutory and Constitutional Provisions

The *Railway Act* provides as follows:

342. (1) All actions or suits for indemnity for any damages or injury sustained by reason of the construction or operation of the railway shall, and notwithstanding anything in any Special Act may, be commenced within two years next after the time when such supposed damage is sustained, or if there is continuation of damage, within two years next after the doing or committing of such damage ceases, and not afterwards.

The *Limitations of Actions Act* provides:

18 Where a person entitled to bring an action is at the time the cause of action accrues an infant, mental defective, mental incompetent or of unsound mind, the period within which such action shall be brought shall be six years, or two years from the date when such person becomes of full age, or of sound mind, as the case may be, whichever is the longer.

24 Nothing in this Act extends to any action where the time for bringing the action is by statute specially limited.

The *Constitution Act, 1867*, s. 91(29) assigns to Parliament exclusive legislative authority in relation to:

91. ...

29. Such Classes of Subjects as are expressly excepted in the Enumeration of the Classes of Subjects by

rejetait l'appel d'un jugement du juge Dickson de la Cour du Banc de la Reine (1984), 5 D.L.R. (4th) 690, qui avait conclu, sur une demande présentée pour obtenir une décision sur une question de droit avant l'instance, que le délai de prescription prévu au par. 342(1) de la *Loi sur les chemins de fer* ne s'appliquait pas à l'action de l'intimé contre l'appelante. Devant cette Cour, le procureur général du Canada et Canadien Pacifique Limitée sont intervenus à l'appui de l'argument de l'appelante selon lequel le par. 342(1) est une disposition législative valide et applicable. Les procureurs généraux du Nouveau-Brunswick et du Québec sont intervenus à l'appui de l'argument de l'intimé selon lequel l'article ne constituerait pas un obstacle constitutionnel à l'action.

I

d Dispositions législatives et constitutionnelles

La *Loi sur les chemins de fer* prévoit:

342. (1) Toutes les actions ou poursuites en indemnité pour dommages ou torts subis du fait de la construction ou de la mise en service du chemin de fer doivent et, nonobstant les dispositions de toute loi spéciale, peuvent être intentées au cours des deux années qui suivent l'époque où les dommages présumés ont été subis, ou si les dommages se continuent, au cours des deux années qui suivent la date à laquelle ces dommages ont cessé, et non plus tard.

La *Loi sur la prescription* prévoit:

18 Lorsqu'une personne ayant le droit d'intenter une action est mineure, déficiente mentale, incapable mentale ou privée de raison à la date où la cause d'action prend naissance, une telle action se prescrit par six ans, ou par deux ans à compter de la date à laquelle cette personne atteint sa majorité ou devient saine d'esprit, selon le cas, le plus long de ces deux délais étant pris en considération.

24 Rien dans la présente loi ne s'étend à une action dont le délai de prescription est spécialement fixé par une loi.

i

Le paragraphe 91(29) de la *Loi constitutionnelle de 1867* attribue au Parlement l'autorité législative exclusive sur:

91. ...

29. les catégories de sujets expressément exceptés dans l'énumération des catégories de sujets exclusive-

this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces.

In section 92(10), the following matters, *inter alia*, are excepted from provincial legislative competence:

92. ...

10. ...

- a. Lines of Steam or other Ships, Railways, Canals, Telegraphs, and other Works and Undertakings connecting the Province with any other or others of the Provinces, or extending beyond the Limits of the Province;
- b. Lines of Steam Ships between the Province and any British or Foreign Country;
- c. Such Works as, although wholly situate within the Province, are before or after their Execution declared by the Parliament of Canada to be for the general Advantage of Canada or for the Advantage of Two or more of the Provinces.

The *Canadian National Railways Act*, R.S.C. 1970, c. C-10, s. 18, declares the railway or other transportation works in Canada of the C.N.R. to be works for the general advantage of Canada.

The following constitutional questions were stated for determination in this appeal:

1. Is section 342(1) of the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2, constitutionally valid or constitutionally applicable to this action?
2. If section 342(1) of the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2, is constitutionally valid and constitutionally applicable to this action, does it conflict with and render inoperative s. 18 of the *Limitation of Actions Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-8?

II

Facts

The statement of claim alleges that on July 24, 1978, when he was two years of age, the respondent wandered on to the unfenced lands and railway tracks owned and maintained by the appellant and was struck by a train operated by the appellant, as a result of which the respondent suffered personal injuries which rendered him completely paraplegic and totally disabled. The respondent's statement of

ment assignés par la présente loi aux législatures des provinces.

Selon le par. 92(10), les sujets suivants sont exclus de la compétence législative provinciale:

92. ...

10. ...

- a) lignes de bateaux à vapeur ou autres navires, chemins de fer, canaux, télégraphes et autres ouvrages et entreprises reliant la province à une autre ou à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites de la province;
- b) lignes de bateaux à vapeur entre la province et tout pays britannique ou étranger;
- c) les ouvrages qui, bien qu'entièrement situés dans la province, seront avant ou après leur exécution déclarés, par le Parlement du Canada, être à l'avantage général du Canada, ou à l'avantage de deux ou plusieurs provinces;

L'article 18 de la *Loi sur les chemins de fer nationaux du Canada*, S.R.C. 1970, chap. C-10, déclare que les ouvrages de chemin de fer ou autres ouvrages de transport au Canada de la Compagnie des chemins de fer nationaux sont à l'avantage général du Canada.

Les questions constitutionnelles à trancher dans le présent pourvoi ont été formulées de la façon suivante:

1. Le paragraphe 342(1) de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, chap. R-2, est-il, du point de vue constitutionnel, valide et applicable en l'espèce?
2. Si le paragraphe 342(1) de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, chap. R-2 est, du point de vue constitutionnel, valide et applicable en l'espèce, entre-t-il en conflit avec l'art. 18 de la *Loi sur la prescription*, L.R.N.-B. 1973, chap. L-8, ou le rend-il inopérant?

II

Les faits

Selon la déclaration, le 24 juillet 1978, l'intimé alors âgé de deux ans, s'est aventuré sur des terrains et des voies ferrées non clôturés appartenant à l'appelante et entretenus par elle et il a été heurté par un train mis en service par l'appelante. Cet accident a causé à l'intimé des blessures qui l'ont rendu paraplégique et totalement handicapé. L'intimé allègue dans sa déclaration que l'accident

claim alleges that the accident was caused by the negligence of the appellant and its employees. The particulars of the alleged negligence pleaded in the statement of claim include various allegations of breach of common law duty of care, as well as breaches of provisions of the *Railway Act* and the Uniform Code of Operating Rules specified by the Canadian Transport Commission pursuant to s. 227 of the *Railway Act*.

The respondent's action was instituted on September 1, 1981, more than three years after the cause of action arose. In its defence the appellant denies the allegations of negligence and pleads in the alternative that the respondent's action is barred by the two-year limitation period in s. 342(1) of the *Railway Act*.

The respondent's position is that as a matter of construction and constitutional validity, s. 342(1) is not applicable to a common law action for negligence and, in any event, not applicable to an action by an infant, and that the applicable limitations of actions provision is s. 18 of the provincial *Limitation of Actions Act* which would permit the action to be commenced within six years of the date when the infant becomes of full age.

The appellant contends that not only is s. 342(1) valid federal legislation, as applied to the respondent's action, that prevails by the rule of paramountcy over s. 18 of the *Limitation of Actions Act*, but that in any event, the application of s. 18 is expressly excluded by s. 24 of the provincial Act.

III

Judgments of the New Brunswick Courts

(a) *Court of Queen's Bench ((1984), 50 N.B.R. (2d) 356, 5 D.L.R. (4th) 690)*

The issue was brought before Dickson J. of the Court of Queen's Bench on an application, by agreement, under Rule 23.01 of the Rules of the Court for the determination before trial of a question of law raised in the pleadings. Dickson J. held that he was bound by the judgment of this Court in *Canadian Northern Railway Co. v. Pszeniczny* (1916), 54 S.C.R. 36, to find that s. 342(1) was

a été causé par la négligence de l'appelante et de ses employés. La négligence alléguée, selon la déclaration, comprend la violation d'une obligation de diligence en *common law* ainsi que des violations des dispositions de la *Loi sur les chemins de fer* et du règlement d'exploitation uniformisé établi par la Commission canadienne des transports aux termes de l'art. 227 de la *Loi sur les chemins de fer*.

L'action de l'intimé a été introduite le 1^{er} septembre 1981, plus de trois ans après la date où la cause d'action a pris naissance. Dans sa défense, l'appelante réfute les allégations de négligence et plaide subsidiairement que l'action de l'intimé est prescrite en raison du délai de deux ans prévu par le par. 342(1) de la *Loi sur les chemins de fer*.

L'intimé soutient que, du point de vue de l'interprétation et de la constitutionnalité, le par. 342(1) ne s'applique pas à une action fondée sur la négligence en *common law* et que, de toute façon, il ne s'applique pas à une action intentée par un mineur, parce que la disposition applicable en matière de prescription est l'art. 18 de la *Loi sur la prescription* de la province, qui permettrait que l'action soit intentée dans les six ans de la date à laquelle le mineur atteint la majorité.

L'appelante soutient que non seulement le par. 342(1) est une disposition législative fédérale valide qui, appliquée à l'action de l'intimé, prévaut en vertu de la règle de la prépondérance sur l'art. 18 de la *Loi sur la prescription* et que, de toute façon, l'application de l'art. 18 est expressément exclue par l'art. 24 de la loi provinciale.

III

Jugements des tribunaux du Nouveau-Brunswick

a) *Cour du Banc de la Reine ((1984), 50 R.N.-B. (2^e) 356, 5 D.L.R. (4th) 690)*

La question a été soumise au juge Dickson de la Cour du Banc de la Reine en vertu d'une demande conjointe aux termes de la règle 23.01 des Règles de procédure pour que soit décidée avant le procès une question de droit soulevée dans les plaidoiries. Le juge Dickson a conclu qu'il était lié par l'arrêt de cette Cour *Canadian Northern Railway Co. v. Pszeniczny* (1916), 54 R.C.S. 36, et qu'il devait

constitutionally applicable to an action for common law negligence. However, he also held that s. 342(1) did not bar the respondent's action, and following the judgment of the Nova Scotia Court of Appeal in *Williams v. Canadian National Railway Co.* (1976), 75 D.L.R. (3d) 87, held that it should be construed so as not to apply to the procedural law governing actions by infants, and that it did not displace the special limitation period for infants found in s. 18 of the *New Brunswick Limitation of Actions Act*. He further held that s. 24 of the Act did not have the effect of making s. 342(1) applicable because the word "statute" in s. 24 should be construed as referring to a statute of the provincial legislature and not to a statute of Parliament.

(b) *New Brunswick Court of Appeal* ((1985), 62 N.B.R. (2d) 276, 17 D.L.R. (4th) 58)

By a majority, the Court of Appeal dismissed the appeal. La Forest J.A. rejected the analysis offered by Dickson J., and held that the words of s. 342(1) are broad enough to encompass common law actions for negligence in the operation of a railway. There was no basis for making an exception for actions by or on behalf of infants. In La Forest J.A.'s view, it was necessary to confront the constitutional issue. He held that the judgment of this Court in *Pszeniczny, supra*, was not binding because it was not a considered opinion of the Court on the constitutionality of s. 342(1). La Forest J.A. stated that federal undertakings must comply with provincial laws unless such laws interfere with their status or powers or discriminate against them. To sustain s. 342(1) as valid federal legislation, it had to be shown that it regulated an integral aspect of a railway undertaking. It is not enough that the legislation had an effect on the organization of the railway and the way it operates. La Forest J.A. suggested that s. 342(1) might apply to rights of action validly created by the *Railway Act*, but concluded that the limitation of actions for personal injury caused by a railway did not constitute an integral aspect of a federal matter and therefore s. 342(1) was

conclure que le par. 342(1) était constitutionnellement applicable à une action en *common law* fondée sur la négligence. Toutefois, il a également conclu que le par. 342(1) n'empêchait pas l'action de l'intimé et, suivant l'arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse *Williams v. Canadian National Railway Co.* (1976), 75 D.L.R. (3d) 87, il a jugé que ce paragraphe devrait être interprété comme ne s'appliquant pas au droit en matière de procédure régissant les actions intentées par les mineurs et qu'il n'écartait pas le délai de prescription spécial prévu pour les mineurs à l'art. 18 de la *Loi sur la prescription* du Nouveau-Brunswick. Il a en outre conclu que l'art. 24 de la Loi n'a pas pour effet de permettre l'application du par. 342(1) parce que le mot «loi» à l'art. 24 doit être interprété comme visant une loi de l'assemblée législative provinciale et non une loi du Parlement.

b) *Cour d'appel du Nouveau-Brunswick* ((1985), 62 R.N.-B. (2^e) 276, 17 D.L.R. (4th) 58)

La Cour d'appel, à la majorité, a rejeté l'appel. Le juge La Forest a rejeté l'analyse du juge Dickson et a conclu que le libellé du par. 342(1) est assez général pour englober les actions en *common law* fondées sur la négligence dans la mise en service d'un chemin de fer. Rien ne justifiait une exception à l'égard des actions intentées par les mineurs ou pour leur compte. Selon le juge La Forest, il fallait trancher la question constitutionnelle. Il a conclu qu'il n'était pas lié par l'arrêt de cette Cour *Pszeniczny*, précité, parce qu'il ne s'agissait pas d'une opinion motivée de la Cour sur la constitutionnalité du par. 342(1). Le juge La Forest a ensuite conclu que les entreprises fédérales doivent respecter les lois provinciales à moins que ces lois ne mettent en cause leur statut ou leurs pouvoirs ou ne fassent une distinction injuste au détriment de ces entreprises. Le paragraphe 342(1) serait une disposition législative fédérale valide s'il visait à régir une partie intégrante de l'entreprise de chemin de fer. Il ne suffit pas que la disposition législative ait un effet sur l'organisation du chemin de fer et sur son exploitation. Le juge La Forest a indiqué que le par. 342(1) pourrait s'appliquer aux droits d'action créés valablement par la *Loi sur les chemins de fer*,

ultra vires to the extent that it purported to apply to common law actions in negligence.

Hoyt J.A. agreed that s. 342(1) was *ultra vires* in so far as it purported to apply to an action in negligence at common law. He also agreed with the reasons of Dickson J. that s. 342(1) was procedural only and should not be interpreted as changing the general procedural law of the province relating to infants or as relieving the railway of the force of the quite separate protection given to an infant by the provincial Act.

Angers J.A., dissenting, felt constrained by the case law, in particular the decision of this Court in *Pszeniczny*, to uphold the constitutional validity of s. 342(1). He indicated, however, that if he were free to do so, he would have found that s. 342(1) did not apply to a common law action. He stated that he would have held that the true intent of Parliament with respect to the limitation period was to restrict its application to damages resulting from the construction or the coming into operation of the railway. Drawing on the French text of s. 342(1) which used the phrase "*de la construction ou de la mise en service du chemin de fer*", Angers J.A. held that Parliament never intended it to apply to a common law action for negligence arising out of the ongoing operation of the railway.

IV

Applicability of S. 342(1) to the Respondent's Action

Although the questions of construction and constitutional validity are obviously closely related, it is appropriate to consider first the questions of the proper characterization of the respondent's action and of the construction of s. 342(1) of the *Railway Act*.

mais a conclu que le délai de prescription d'actions intentées pour des blessures causées par un chemin de fer ne faisait pas partie intégrante d'une compétence fédérale et que, par conséquent, le par. 342(1) était *ultra vires* dans la mesure où il était censé s'appliquer à des actions en *common law* fondées sur la négligence.

Le juge Hoyt a convenu que le par. 342(1) était *ultra vires* dans la mesure où il était censé s'appliquer à une action en *common law* fondée sur la négligence. Il a également fait siens les motifs du juge Dickson selon lesquels le par. 342(1) avait un caractère strictement procédural et ne devrait pas être interprété comme modifiant le droit général en matière de procédure de la province relatif aux mineurs ou comme permettant aux chemins de fer de passer outre à la protection distincte accordée à un mineur par la loi provinciale.

Le juge Angers, dissident, s'estimait tenu par la jurisprudence, en particulier par l'arrêt de cette Cour *Pszeniczny*, de confirmer la validité constitutionnelle du par. 342(1). Toutefois, il a indiqué que, s'il avait été libre de le faire, il aurait conclu que le par. 342(1) ne s'appliquait pas à une action de *common law*. Il a dit qu'il aurait conclu que la véritable intention du Parlement en ce qui a trait au délai de prescription était de limiter son application aux dommages-intérêts résultant de la construction ou de la mise en service du chemin de fer. S'appuyant sur le texte français du par. 342(1) qui utilisait l'expression «de la construction ou de la mise en service du chemin de fer», le juge Angers a conclu que le Parlement n'avait jamais eu l'intention de l'appliquer à une action en *common law* fondée sur la négligence découlant de l'exploitation continue du chemin de fer.

IV

Application du par. 342(1) à l'action de l'intimé

Bien que les questions d'interprétation et de constitutionnalité soient de toute évidence intimement liées, il convient d'examiner tout d'abord les questions relatives à la juste qualification de l'action de l'intimé et à l'interprétation du par. 342(1) de la *Loi sur les chemins de fer*.

As already indicated, the respondent's action is for negligence consisting of both breaches of statutory duty under the *Railway Act* and breaches of a common law duty of care. Despite the reliance on statutory duties, the action remains a common law action for negligence: *The Queen in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205. The respondent is asserting a common law right of action arising under provincial law and not a right of action created by the *Railway Act*, although liability may be affected by provisions of that Act.

(a) *Does Section 342(1) Apply to Infant Plaintiffs?*

In *Williams v. Canadian National Railway Co.*, *supra*, a case similar to the present one and relied upon here by the judge at first instance, MacKeigan C.J.N.S. indicated that, absent authority, he would have found s. 342(1) *ultra vires*. However, he considered himself to be bound by *Pszeniczny, supra*, and by a series of cases which have assumed the validity of the section: *Grand Trunk Railway Company of Canada v. Attorney-General of Canada*, [1907] A.C. 65; *West v. Corbett* (1913), 47 S.C.R. 596; *Winnipeg Electric Railway Co. v. Aitken* (1921), 63 S.C.R. 586; *British Columbia Electric Railway Co. Ltd. v. Pribble*, [1926] A.C. 466.

However, MacKeigan C.J.N.S. went on to hold that s. 342(1) did not operate so as to deprive an infant of the benefit of a provincial law similar in terms to s. 18 of the New Brunswick *Limitation of Actions Act*. In MacKeigan C.J.N.S.'s view, s. 342(1) of the *Railway Act* was purely procedural and therefore should be construed so as to constitute a minimal interference with provincial procedural rules. While the federal enactment did reduce the time for commencement of an action from the six years provided in provincial legislation to two years, it did not relieve a railway of the quite separate and specific procedural protection afforded infants by the provincial act (at p. 99):

Comme il a déjà été indiqué, l'action de l'intimé porte sur la négligence constituée par la violation d'une obligation légale que prévoit la *Loi sur les chemins de fer* et par la violation d'une obligation de diligence en *common law*. Même si elle est fondée sur des obligations prévues par la loi, l'action demeure une action en négligence qui relève de la *common law*: *La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205. L'intimé fait valoir un droit d'action fondé sur la *common law* qui découle du droit provincial et non un droit d'action créé par la *Loi sur les chemins de fer*, bien que la responsabilité puisse être touchée par les dispositions de cette loi.

a) *Le paragraphe 342(1) s'applique-t-il aux demandeurs mineurs?*

Dans l'arrêt *Williams v. Canadian National Railway Co.*, précité, qui est similaire à l'espèce et sur lequel s'est fondé le juge de première instance, le juge en chef de la Nouvelle-Écosse MacKeigan avait indiqué que n'eût été la doctrine et la jurisprudence, il aurait conclu que le par. 342(1) était *ultra vires*. Toutefois, il s'était considéré lié par l'arrêt *Pszeniczny*, précité, et par une série d'arrêts qui admettaient la validité de l'article: *Grand Trunk Railway Company of Canada v. Attorney-General of Canada*, [1907] A.C. 65; *West v. Corbett* (1913), 47 R.C.S. 596; *Winnipeg Electric Railway Co. v. Aitken* (1921), 63 R.C.S. 586; *British Columbia Electric Railway Co. Ltd. v. Pribble*, [1926] A.C. 466.

Toutefois, le juge en chef MacKeigan a conclu ensuite que le par. 342(1) n'avait pas pour effet de priver un mineur de l'avantage que lui conférerait une loi provinciale dont les termes sont similaires à ceux de l'art. 18 de la *Loi sur la prescription* du Nouveau-Brunswick. Selon le juge en chef MacKeigan, le par. 342(1) de la *Loi sur les chemins de fer* avait un caractère purement procédural et devait donc être interprété de manière à constituer un empiétement minimal sur les règles de procédure provinciales. Bien que le texte législatif fédéral réduise à deux ans le délai de six ans prévu dans la loi provinciale pour introduire une action, il ne permettait pas aux chemins de fer de passer outre à la protection distincte et précise en matière de procédure que la loi provinciale accordait aux mineurs (à la p. 99):

[Section 342] should not be construed as creating more than the minimum interference with provincial procedural rules governing an action against a railway than the language compels. All it does is reduce from six years to two years the limitation period for an action against a railway. It should not be gratuitously construed as also relieving the railway of the force of the quite separate protection given an infant by the provincial *Statute of Limitations*.

Section 342(1), which we assume to be valid federal legislation, changes the limitation period for a provincial action to one of two years. Section 3 of the statute [The Nova Scotia equivalent of s. 18 of the New Brunswick Act], a valid provincial Act, extends that period for an infant. We thus have here no conflict between a federal statute and a provincial statute and thus no paramount need for the federal to override the provincial.

We agree with La Forest J.A. in rejecting this interpretation of s. 342(1) and we would adopt his reasoning on this point (at pp. 286-87):

I find myself unable to agree with this reasoning. Subsection 342(1) provides that an action like the present must be commenced within two years. It makes no exception. Consequently, a provincial statute that purports to provide a longer period of limitation for such action, whether generally or in respect of certain persons or groups, inevitably conflicts with s. 342(1) and must be deemed to be inapplicable to matters covered by s. 342(1). This raises no question of legislative concurrency, as was argued before us. The two sections cannot live together in this way; they conflict. The federal statute says the maximum delay for bringing an action is two years. The provincial statute permits it to be brought within a longer period in the case of children.

It must be observed that s. 342(1), if valid, derives its validity from the fact that it deals with railways. Whatever inconveniences may result in the working and management of railways from delays in bringing actions against them, e.g. the necessity of preserving records of accidents and keeping employees and others available as witnesses, these inconveniences are the same whether an adult or an infant is involved. If Parliament had wished to provide for an extension of time for the benefit of children it would have done so It is for Parliament

[TRANSLATION] [L'article 342] ne devrait pas être interprété comme créant plus que l'empiètement minimal prévu dans son texte à l'égard des règles de procédure provinciales régissant une action contre un chemin de fer. Il ne fait que réduire de six ans à deux ans le délai de prescription d'une action contre un chemin de fer. Il ne devrait pas être interprété de façon gratuite comme permettant aux chemins de fer de passer outre à la protection tout à fait distincte accordée à un mineur par la *Loi sur la prescription* provinciale.

Le paragraphe 342(1), que nous présumons être un texte législatif fédéral valide, modifie le délai de prescription pour une action provinciale, le fixant à deux ans. L'article 3 de la loi [l'équivalent en Nouvelle-Écosse de l'art. 18 de la Loi du Nouveau-Brunswick], une loi provinciale valide, prévoit un délai plus long pour un mineur. Il n'y a donc en l'espèce aucun conflit entre une loi provinciale et une loi fédérale et donc aucun besoin prépondérant pour que le fédéral l'emporte sur le provincial.

Nous sommes d'accord avec le juge La Forest pour rejeter cette interprétation du par. 342(1) et nous faisons nôtre son raisonnement à ce sujet (aux pp. 286 et 287):

Je me vois dans l'impossibilité d'appuyer ce raisonnement. Le paragr. 342(1) prévoit qu'une action semblable à la présente espèce doit être introduite dans un délai de 2 ans. Il ne prévoit aucune exception. Par conséquent, une loi provinciale qui a pour but d'accorder un délai de prescription plus long pour une telle action, que cette loi ait une portée générale ou qu'elle vise certaines personnes ou groupes, entre inévitablement en conflit avec le paragr. 342(1) et on doit présumer qu'elle ne s'applique pas aux affaires visées par ce paragraphe. Cela n'entraîne pas de concomitance législative, ainsi qu'il a été prétendu au cours du procès. Les deux articles ne peuvent subsister côte à côte; ils entrent en conflit. La loi fédérale prévoit un délai maximal de 2 ans pour intenter une action. La loi provinciale accorde un délai plus long dans le cas des enfants.

Il convient de noter que le paragr. 342(1), s'il est valide, tire sa validité du fait qu'il porte sur les chemins de fer. Quels que soient les problèmes de fonctionnement et de gestion que peuvent amener les retards à introduire des actions contre les chemins de fer, par exemple la nécessité de conserver des dossiers sur les accidents et de s'assurer de la disponibilité des employés et d'autres personnes qui pourraient éventuellement témoigner, ces problèmes sont les mêmes, que la victime soit adulte ou mineure. Si le Parlement avait voulu prévoir une période

and not for the provincial legislature to make exceptions to federal legislation.

(b) *Does Section 342(1) Apply to the Daily Operation of Railways?*

There is a difference between the English and French versions of s. 342(1) relied upon by the respondent. The English version speaks of the "construction or operation of the railway" while the French speaks of "*la construction ou de la mise en service du chemin de fer*". Elsewhere in the statute, as Angers J.A. indicated in the Court of Appeal, the word "operate" is translated as "*exploiter*". Therefore, it is contended, the limitation period must apply only to actions arising from the time of construction or the coming into operation of the railway immediately following construction.

To give the word "operation" this narrow interpretation would be contrary both to authority and to the plain meaning of the words. It has been held in several cases that "operation" must bear its full and common sense meaning. In *Canadian Northern Railway Co. v. Robinson* (1910), 43 S.C.R. 387, the question arose whether an action for recovery of damages for injuries suffered because of the railway's failure to furnish reasonable and proper facilities for receiving, forwarding and delivery freight was barred by the limitation period in the *Railway Act*. The answer turned upon a determination of whether the railway's conduct fell within the scope of "operation of the railway". The majority held that the limitation period did not apply. However, the Court was clearly of the view that "operation" was not limited to the coming into operation of the railway. The Privy Council dismissed the appeal, [1911] A.C. 739, and Viscount Haldane stated that "operation seems to signify simply the process of working the railway as constructed" (p. 745). In *Greer v. Canadian Pacific Railway Co.* (1915), 51 S.C.R. 338, the question was whether burning worn-out ties to keep the railway right-of-way free from combustible material came within the definition of "operation of the railway". The majority held that the burning of ties did come within the

de prescription plus longue à l'avantage des enfants, il l'aurait fait [. . .] Il appartient au Parlement, et non à la législature provinciale, de permettre qu'il y ait des exceptions aux lois fédérales.

b) *Le paragraphe 342(1) s'applique-t-il à l'exploitation quotidienne des chemins de fer?*

L'intimé s'est appuyé sur une différence entre les textes anglais et français du par. 342(1). Dans le texte anglais, il est question de "*construction or operation of the railway*" alors que dans le texte français il est question de "*la construction ou de la mise en service du chemin de fer*". Ailleurs dans la loi, comme l'a indiqué le juge Angers en Cour d'appel, le terme "*operate*" est traduit par le terme "*exploiter*". Par conséquent, on soutient que le délai de prescription ne doit s'appliquer qu'aux actions qui ont pris naissance au moment de la construction ou de la mise en service du chemin de fer immédiatement après sa construction.

Cette interprétation restrictive de l'expression «mise en service» serait contraire à la doctrine et à la jurisprudence ainsi qu'au sens clair des mots. On a jugé dans plusieurs affaires qu'il faut donner à «mise en service» son sens complet et ordinaire. Dans l'arrêt *Canadian Northern Railway Co. v. Robinson* (1910), 43 R.C.S. 387, relatif à une action en recouvrement de dommages-intérêts pour des blessures subies en raison du défaut du chemin de fer de fournir des installations raisonnables et appropriées pour recevoir, transmettre et livrer des marchandises, il fallait décider si l'action était irrecevable à cause du délai de prescription prévu dans la *Loi sur les chemins de fer*. Il fallait déterminer si la conduite de la compagnie de chemin de fer relevait de la «mise en service du chemin de fer». Les juges ont conclu à la majorité que le délai de prescription ne s'appliquait pas. Toutefois, la Cour était clairement d'avis que la «mise en service» ne se limitait pas au début de la mise en service du chemin de fer. Le Conseil privé a rejeté le pourvoi, [1911] A.C. 739, et le vicomte Haldane a dit que [TRADUCTION] «la mise en service paraît signifier simplement le processus d'exploitation du chemin de fer tel qu'il a été construit» (p. 745). Dans l'arrêt *Greer v. Canadian Pacific Railway Co.* (1915), 51 R.C.S. 338, on s'était demandé si brûler des traverses usées pour

means of “operation”. This Court considered the matter again in *Winnipeg Electric Railway Co. v. Aitken*, *supra*, where the question arose whether breach of a street railway company’s contract to carry a passenger safely came within the scope of “construction or operation of the railway” in s. 116 of *The Manitoba Railway Act*, R.S.M. 1913, c. 168, so as to make applicable a limitation period barring recovery. Anglin J. said, at p. 594: “If the running of the cars is not ‘operation of the railway’, I find it difficult to conceive what would be.” He continued, at p. 595:

The primary rule of statutory construction is that, unless to do so would lead to absurdity, repugnancy or inconsistency with the rest of the statute the grammatical and ordinary sense of the words should prevail. The language of section 116 of the Manitoba Act is precise and unambiguous. No absurdity, repugnancy or inconsistency can arise from giving to it its natural and ordinary sense.

The decision in *Winnipeg Electric* was cited with approval by the Privy Council in *British Columbia Electric Railway Co. Ltd. v. Pribble*, *supra*, where a similar construction was given the words “sustained by reason of the . . . railway” in a British Columbia limitations statute.

The plain and ordinary meaning of “operation” includes the running of the cars. To make “operation” mean “coming into operation” is patently to add words which are not there, and to introduce an element of ambiguity as to when construction ends and operation begins. In our view, the ambiguity, if any, is found in the French version alone. In the event of conflict between English and French versions, resort may be had to the true spirit, intent and meaning of the provision so as to construe the provision in a manner consistent with its objectives: *Official Languages Act*, R.S.C. 1970, c. O-2, s. 8(2)(d). The English version is, in our view,

dégager la voie ferrée de tout matériel combustible s’inscrivait dans la définition de la «mise en service du chemin de fer». Les juges ont conclu à la majorité que brûler les traverses s’inscrivait dans le cadre de la «mise en service». Cette Cour a examiné de nouveau la question dans l’arrêt *Winnipeg Electric Railway Co. v. Aitken*, précité, où il fallait décider si la violation par une compagnie de tramway d’un contrat stipulant le transport, en toute sécurité, des passagers s’inscrivait dans le cadre [TRADUCTION] «de la construction ou de la mise en service du chemin de fer» à l’art. 116 de la *Manitoba Railway Act*, R.S.M. 1913, chap. 168, de manière à rendre applicable un délai de prescription empêchant le recouvrement. Le juge Anglin a dit (à la p. 594): [TRADUCTION] «Si le fonctionnement des wagons ne relève pas de «la mise en service du chemin de fer», je vois difficilement ce que pourrait comprendre cette expression.» Il a poursuivi (à la p. 595):

[TRADUCTION] La principale règle d’interprétation législative dit que, à moins qu’il n’entraîne une absurdité ou qu’il soit incompatible avec le reste de la loi, le sens grammatical et ordinaire des termes devrait prévaloir. Le texte de l’art. 116 de la Manitoba Act est précis et sans ambiguïté. Aucune absurdité ou incompatibilité ne peut en découler si on lui donne son sens naturel et ordinaire.

L’arrêt *Winnipeg Electric* a été cité et approuvé par le Conseil privé dans l’arrêt *British Columbia Electric Railway Co. Ltd. v. Pribble*, précité, dans lequel une interprétation semblable a été donnée aux termes [TRADUCTION] «subis du fait du chemin de fer» dans une loi sur la prescription de la Colombie-Britannique.

Le sens clair et ordinaire de l’expression «mise en service» comprend le fonctionnement des wagons. Pour que «*operation*» signifie «*coming into operation*», il faut manifestement ajouter des mots qui n’y sont pas et introduire un élément d’ambiguïté quant au moment de la fin de la construction et du début de la mise en service. À notre avis, l’ambiguïté, s’il y en a une, se trouve uniquement dans la version française. Dans le cas d’un conflit entre les versions anglaise et française, on peut avoir recours à la version qui, selon l’esprit, l’intention et le sens véritables du texte, est compatible avec ses objets: *Loi sur les langues officielles*,

unambiguous, and in such a case that version should govern in preference to the version in the other language which would introduce imprecision and ambiguity: *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *R. v. Popovic*, [1976] 2 S.C.R. 308. It seems highly implausible, given the general nature of the language used, that Parliament intended to protect railways from actions during the period of the coming into operation of the railway but not during the period of its continuing operation. For these reasons, we conclude that s. 342(1) cannot be said not to apply by reason of the definition of "operation".

(c) *Does Section 342(1) Apply to Common Law Negligence Actions?*

In his dissenting reasons in the Court of Appeal, Angers J.A. indicated that if he did not feel constrained by the decision in *Pszeniczny*, he would have found that s. 342(1) did not bar the plaintiff's action quite apart from the question of its constitutionality. He said, at pp. 299-300:

In any event, if it were within my power to find that s. 342(1) of the *Railway Act* does not apply here, it would not be on the basis of its unconstitutionality but on its application to a common law action. The cases to which I have referred extended the application of s. 342(1) to common law actions and declared it *intra vires* the Parliament. Those cases could have restricted the application of the limitation provision of the *Railway Act* solely to actions arising out of provisions of the *Railway Act*, as was done in *Skobel v. McDonald et al.* (1959), 19 D.L.R. (2d) 678 (B.C.S.C.), a case where a right of action provided by a statute was held subject to the limitation period of that statute; see also *Cairney v. MacQueen*, [1956] S.C.R. 555. In a case like the present, only rights of action arising out of the *Railway Act* would be limited by the *Railway Act*. Other actions such as an action based on negligence or any other action founded on a provincial statute would be governed, as far as limitations are concerned, by the provincial statute.

Both precedent and the purpose of the section suggest that s. 342(1) was intended to apply to

S.R.C. 1970, chap. O-2, al. 8(2)d). À notre avis, la version anglaise n'est pas ambiguë et, dans un tel cas, cette version doit prévaloir sur l'autre version qui introduirait une imprécision et une ambiguïté: *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; *R. c. Popovic*, [1976] 2 R.C.S. 308. Il semble très peu probable, compte tenu de la nature générale des mots employés, que le Parlement ait eu l'intention de protéger les chemins de fer contre des actions intentées pendant la période du début de la mise en service du chemin de fer mais non pendant la période de son exploitation continue. Pour ces motifs, nous concluons qu'on ne peut dire que le par. 342(1) ne s'applique pas en raison de la définition de «mise en service».

c) *Le paragraphe 342(1) s'applique-t-il aux actions en common law fondées sur la négligence?*

Dans ses motifs dissidents en Cour d'appel, le juge Angers a indiqué que, s'il ne s'était pas estimé lié par l'arrêt *Pszeniczny*, il aurait conclu que le par. 342(1) n'empêchait pas l'action du demandeur, mise à part la question de sa constitutionnalité. Il a dit (aux pp. 299 et 300):

Quoi qu'il en soit, si j'avais la compétence pour conclure que le paragr. 342(1) de la *Loi sur les chemins de fer* ne s'applique pas en l'espèce, je ne me baserais pas sur son inconstitutionnalité, mais sur son applicabilité à une action en Common Law. Les causes que j'ai mentionnées ont affirmé que le paragr. 342(1) s'appliquait aux actions en Common Law et que le Parlement avait compétence pour l'édicter. Les jugements rendus dans ces causes auraient pu limiter l'application de la disposition relative à délai de prescription dans la *Loi sur les chemins de fer* aux actions prévues par des dispositions de la *Loi sur les chemins de fer*, comme dans l'affaire *Skobel v. McDonald et al.* (1959), 19 D.L.R. (2d) 678 (B.C.S.C.). Dans cette cause, la cour a statué qu'un droit d'intenter une action conféré par une loi était assujéti au délai de prescription de cette loi; voir aussi *Cairney v. MacQueen*, [1956] S.C.R. 555. Dans une cause comme la présente, seuls les droits d'intenter une action conférés par la *Loi sur les chemins de fer* pourraient être limités par cette même loi. Toute autre action, que ce soit une action en négligence ou une action quelconque fondée sur une loi provinciale, serait régie, en ce qui à trait aux délais de prescription, par la loi provinciale.

La jurisprudence et l'objet de la disposition laissent entendre que le par. 342(1) était destiné à

common law negligence actions. With respect to precedent, *Greer v. Canadian Pacific Railway Co.*, *supra*, and *Pszeniczny, supra*, were cases in which the limitation period in the Act was applied to common law actions for damages or injuries sustained by reason of negligence in the operation of a railway. The purpose of the provision would seem to be protection of railways from lawsuits generally. If the purpose of the section were to shelter railways from lawsuits, it was law suits founded on negligence to which railways were most vulnerable. There is nothing in the language of s. 342(1) to suggest Parliament intended its scope to be so restricted, and accordingly, we would conclude that, properly construed, s. 342(1) was intended to bar an action such as the respondent's.

V

The Constitutionality of S. 342(1)

Rights of action for damages for personal injury and the procedure relating thereto is a matter which, for constitutional purposes, falls within exclusive provincial legislative competence in relation to "Property and Civil Rights" (*Constitution Act, 1867*, s. 92(13)) and "Procedure in Civil Matters" (s. 92(14)). Parliament has exclusive legislative jurisdiction in relation to railways and works declared to be for the general advantage of Canada (ss. 91(29), 92(10)). Under which head of power does the prescription of the respondent's action fall? The case law does not present a crystal clear answer.

(a) *Case Law Dealing with the Constitutionality of the Railway Act's Special Limitation Period*

Two provincial courts of appeal considered the validity of the predecessor sections to s. 342(1) soon after Confederation. In *Levesque v. New Brunswick Railway Co.* (1889), 29 N.B.R. 588, the New Brunswick Court of Appeal held that Parliament had the exclusive right to legislate on the subject of railways. The limitation of actions

s'appliquer aux actions en *common law* fondées sur la négligence. En ce qui a trait à la jurisprudence, les arrêts *Greer v. Canadian Pacific Railway Co.*, précité, et *Pszeniczny*, précité, étaient des arrêts dans lesquels le délai de prescription de la Loi s'appliquait aux actions de *common law* relatives à des dommages ou des blessures subis en raison de la négligence dans l'exploitation d'un chemin de fer. Il semble que l'objet de la disposition ait été la protection des chemins de fer contre les poursuites judiciaires en général. Si l'article avait pour but de protéger les chemins de fer contre les poursuites en justice, c'est à l'égard des poursuites fondées sur la négligence que les chemins de fer étaient les plus vulnérables. Rien dans le texte du par. 342(1) ne laisse entendre que le Parlement avait l'intention d'en limiter la portée de cette manière et, par conséquent, nous sommes d'avis de conclure que, interprété comme il se doit, le par. 342(1) visait à empêcher une action comme celle de l'intimé.

V

e La constitutionnalité du par. 342(1)

Les droits d'action en dommages-intérêts pour blessures et la procédure qui s'y rattache sont des sujets qui, à des fins constitutionnelles, relèvent de la compétence législative exclusive de la province en matière de «propriété et droits civils» (*Loi constitutionnelle de 1867*, par. 92(13)) et de «procédure en matière civile» (par. 92(14)). Le Parlement a une compétence législative exclusive en ce qui a trait aux chemins de fer et aux ouvrages déclarés être à l'avantage général du Canada (par. 91(29), 92(10)). De quel pouvoir relève la prescription de l'action de l'intimé? La jurisprudence ne donne pas de réponse claire.

a) *Jurisprudence relative à la constitutionnalité du délai de prescription spécial de la Loi sur les chemins de fer*

Deux cours d'appel provinciales ont examiné la validité des articles qui ont précédé le par. 342(1) peu après la Confédération. Dans l'arrêt *Levesque v. New Brunswick Railway Co.* (1889), 29 N.B.R. 588, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a conclu que le Parlement avait le pouvoir exclusif de légiférer sur le sujet des chemins de fer. On a

for damages sustained by reason of the operation of the railway was held to be incidental to the federal power over railways, and the special limitation provision with respect to railways was held to be *intra vires* Parliament. Tuck J. stated, at p. 596:

When the Parliament of Canada has the right to legislate upon a given subject, they have the power to make such provisions relating to that subject, as may be necessary to enforce and carry into effect their legislation.

Procedure forms an essential part of laws dealing with railways, as it does with laws relating to insolvency. When the Parliament of Canada acquired the right to make laws to govern the defendants' railway, power was given by implication to interfere with property and civil rights in the Province, so far as a general law relating to this subject might affect them.

Similarly, King J. stated, at p. 604:

It was next contended by Mr. *Gregory* that the Act was *ultra vires* the Dominion Parliament, on the ground (as contended), that the passing a statute of limitations is not incidental to powers exercised in dealing with railway legislation. It was admitted that, where a right is conferred by an Act of Parliament, a limitation of the right of action in respect of it may be imposed; but it is contended that here the plaintiff's claim or right rests on a Provincial statute. But it seems to me that if the Dominion Parliament have the power to confer the right, or to take away the right altogether (as I think they must have when they acquire plenary powers of legislation under the terms of The British North America Act, as they have done in this case), they have the power to set bounds to the enforcement by action of the right. This is substantially a limiting of the right.

Allen J. agreed, holding that prescribing the time for bringing an action against the railway was (at p. 613) "incident to the right of the Dominion Parliament to legislate on the subject of railways".

The Ontario Court of Appeal had occasion to consider the same section in *McArthur v. Northern and Pacific Junction Railway Co.* (1890), 17 O.A.R. 86. The court divided evenly on the issue of the validity of the limitation provision in the

jugé que la prescription des actions pour dommages subis en raison de la mise en service du chemin de fer était accessoire au pouvoir fédéral en matière de chemins de fer et que la disposition sur la prescription spéciale en ce qui a trait aux chemins de fer était *intra vires* du Parlement. Le juge Tuck a dit (à la p. 596):

[TRADUCTION] Quand le Parlement du Canada a le droit de légiférer sur un sujet donné, il a le pouvoir d'établir les dispositions relatives à ce sujet qui peuvent être nécessaires pour appliquer et exécuter la loi.

La procédure est une partie essentielle des lois traitant des chemins de fer, comme des lois relatives à l'insolvabilité. Quand le Parlement du Canada a obtenu le droit d'adopter des lois régissant le chemin de fer de la défenderesse, il a obtenu implicitement le pouvoir de porter atteinte à la propriété et aux droits civils dans la province dans la mesure où une loi générale relative à ce sujet pourrait avoir un effet sur ceux-ci.

De même, le juge King a dit (à la p. 604):

[TRADUCTION] M. *Gregory* a ensuite soutenu que la loi était *ultra vires* du Parlement du Dominion, pour le motif que l'adoption d'une loi sur la prescription n'est pas accessoire au pouvoir exercé relativement à la législation sur les chemins de fer. On a admis que, quand un droit est conféré par une loi du Parlement, une restriction du droit d'action qui s'y rattache peut être imposée; mais on soutient qu'en l'espèce, la réclamation ou le droit du demandeur est fondé sur une loi provinciale. Toutefois, il me semble que si le Parlement du Dominion a le pouvoir de conférer le droit ou de le retirer (comme je crois qu'il le possède quand il acquiert un pouvoir législatif absolu aux termes de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, comme en l'espèce), il a le pouvoir d'établir les limites à l'application du droit au moyen d'une action. Il s'agit essentiellement d'une restriction du droit.

Le juge Allen a souscrit à cette opinion, en concluant que le fait de prescrire le délai pour intenter une action contre le chemin de fer était [TRADUCTION] «accessoire au droit du Parlement du Dominion de légiférer sur le sujet des chemins de fer» (à la p. 613).

La Cour d'appel de l'Ontario a eu l'occasion d'analyser le même article dans *McArthur v. Northern and Pacific Junction Railway Co.* (1890), 17 O.A.R. 86. La cour était divisée également sur la question de la validité de la disposition

Railway Act. Hagarty C.J.O. and Osler J.A. were of the view that the impugned section was *intra vires* Parliament. They emphasized the fact that the impugned section was a continuation of the pre-confederation legislation. Osler J.A. was of the opinion that the legislation was (at p. 125) "well within the competence of Parliament to pass in order to legislate generally and effectually on a subject within its exclusive powers, even though it may, to some extent, trench upon the subject of property and civil rights." Burton and MacLennan J.J.A. took a contrary view. Burton J.A. stated that s. 91 specifically listed instances where the federal government had power to deal with procedural matters, for example, bankruptcy and insolvency and maritime courts. He continued, at p. 114:

When therefore we find a Parliament whose powers do not extend to deal with property and civil rights, except in the instances specifically enumerated, it is difficult to suggest a reason for the validity of the exercise of the power in the present case.

In *Greer v. Canadian Pacific Railway Co.*, *supra*, this Court faced the interpretive issue as to the scope of the section already discussed. The action was for breach of statutory duty and while no constitutional issue was raised, Duff J. did comment that (at p. 349) "as regards causes of action given by provincial law only, it appears to me that it would be arguable that a Dominion enactment relating only to procedure would be *ultra vires*."

The most significant authority on the constitutionality of s. 342(1) is *Canadian Northern Railway Co. v. Pszeniczny*, *supra*. The plaintiff, an employee of the defendant railway company, was injured while removing rails from one car to another with other employees. One of the rails slipped from the hands of another employee and crushed the plaintiff's foot. The plaintiff's action was based on the *Employers' Liability Act*, R.S.M. 1913, c. 61, which removed the defence of common employment and gave a right of action to a worker injured as a result of the negligence of a

en matière de prescription contenue dans la *Loi sur les chemins de fer*. Le juge en chef de l'Ontario Hagarty et le juge Osler étaient d'avis que l'article contesté était *intra vires* du Parlement. Ils ont souligné le fait que l'article contesté était une continuation de la législation antérieure à la Confédération. Le juge Osler était d'avis que la loi [TRADUCTION] «relevait bien de la compétence du Parlement pour légiférer d'une manière générale et efficace sur un sujet relevant de ses pouvoirs exclusifs, même s'il pouvait, dans une certaine mesure, empiéter sur le sujet de la propriété et des droits civils» (à la p. 125). Les juges Burton et MacLennan ont adopté une position contraire. Le juge Burton a dit que l'art. 91 prévoyait précisément les cas où le gouvernement fédéral avait le pouvoir de traiter de questions de procédure, par exemple, la faillite et l'insolvabilité et les tribunaux d'amirauté. Il a poursuivi (à la p. 114):

[TRADUCTION] Par conséquent, lorsque nous constatons que les pouvoirs du Parlement ne s'étendent pas à la propriété et aux droits civils, sauf dans les cas énumérés de façon précise, il est difficile de trouver un motif à l'appui de la validité de l'exercice du pouvoir en l'espèce.

Dans l'arrêt *Greer v. Canadian Pacific Railway Co.*, précité, cette Cour a analysé la question d'interprétation relative à la portée de l'article déjà discuté. Il s'agissait d'une action fondée sur la violation d'une obligation légale et, bien qu'aucune question constitutionnelle n'ait été soulevée, le juge Duff a fait remarquer (à la p. 349) [TRADUCTION] «en ce qui a trait aux causes d'action prévues dans le droit provincial seulement, on pourrait soutenir qu'un texte législatif du Dominion portant uniquement sur la procédure est *ultra vires*».

L'arrêt le plus important sur la constitutionnalité du par. 342(1) est *Canadian Northern Railway Co. v. Pszeniczny*, précité. Le demandeur, un employé de la compagnie de chemin de fer défenderesse avait été blessé pendant qu'il transportait des rails d'un wagon à un autre avec d'autres employés. Un des rails a glissé des mains d'un autre employé et a écrasé le pied du demandeur. L'action du demandeur était fondée sur l'*Employers' Liability Act*, R.S.M. 1913, chap. 61, qui enlevait le moyen de défense de coemploi et accordait un droit d'action à un travailleur blessé par

fellow employee. The suit could not be called a common law action for negligence, but it was a right of action arising under provincial law, and to the extent that the special limitation period of the *Railway Act* was held to be applicable and *intra vires* the case is authority very relevant to the issues presented in the present case.

The Manitoba *Employers' Liability Act*, s. 12, provided that a suit for compensation had to be brought within two years of the accident causing the injury, while s. 306 of the *Railway Act*, the precursor of s. 342(1) in the current act, provided that a suit for damages against a railway had to be brought within one year. The action was brought with the two-year period, but more than one year after the date of the accident. The issue presented was which limitation period applied. As La Forest J.A. observed in the Court of Appeal, the report of the arguments in the Manitoba Court of Appeal and in this Court does not show that any constitutional issue was raised. However, in addressing the issues of construction, judges in both courts expressed certain assumptions of constitutional validity.

In the Manitoba Court of Appeal (1915), 25 D.L.R. 128, Howell C.J.M. held, citing *Grand Trunk Railway Company of Canada v. Attorney-General of Canada*, *supra*, that Parliament had legislative authority to regulate the rights of action of an employee of a federal railway against the employer for injury suffered in the course of his employment, and that it could validly prescribe a limitation period for such an action. Howell C.J.M. held, however, that Parliament did not intend in s. 306(1) to displace the limitation period prescribed by s. 12 of the Manitoba *Employers' Liability Act*. This was similar to the view taken in *Williams*, *supra*, and by Dickson J. in the case at bar. Perdue J.A. took a similar course. He made the following statement (at p. 132), reflecting a constitutional assumption in aid of interpretation:

suite de la négligence d'un coemployé. La poursuite ne pouvait être qualifiée d'action en *common law* fondée sur la négligence, mais il s'agissait d'un droit d'action découlant du droit provincial et, dans la mesure où le délai de prescription spécial que prévoit la *Loi sur les chemins de fer* a été jugé applicable et *intra vires*, il s'agit d'un précédent très pertinent en l'espèce.

L'article 12 de l'*Employers' Liability Act* du Manitoba prévoyait qu'une poursuite en indemnisation devait être intentée dans un délai de deux ans de l'accident qui avait causé la blessure, tandis que l'art. 306 de la *Loi sur les chemins de fer*, l'article qui a précédé le par. 342(1) dans la loi actuelle, prévoyait qu'une poursuite en dommages-intérêts contre un chemin de fer devait être intentée dans un délai d'un an. L'action avait été intentée dans le délai de deux ans, mais plus d'un an après la date de l'accident. Il fallait déterminer quel délai de prescription s'appliquait. Comme le juge La Forest l'a fait remarquer en Cour d'appel, rien dans les arguments présentés en Cour d'appel du Manitoba et devant cette Cour n'indique pas que la question constitutionnelle a été soulevée. Toutefois, dans l'analyse des questions d'interprétation, les juges des deux tribunaux ont fait certaines hypothèses quant à la validité constitutionnelle.

En Cour d'appel du Manitoba (1915), 25 D.L.R. 128, le juge en chef Howell du Manitoba a conclu, citant l'arrêt *Grand Trunk Railway Company of Canada v. Attorney-General of Canada*, *supra*, que le Parlement avait la compétence législative pour régler les droits d'action d'un employé d'un chemin de fer fédéral contre l'employeur pour des blessures subies dans le cadre de son emploi et qu'il pouvait valablement prévoir un délai de prescription à l'égard d'une telle action. Toutefois, le juge Howell a conclu que le Parlement n'avait pas l'intention dans le par. 306(1) d'écarter le délai de prescription prévu à l'art. 12 de l'*Employers' Liability Act* du Manitoba. C'est le point de vue retenu dans l'arrêt *Williams*, précité, et par le juge Dickson en l'espèce. Le juge Perdue a adopté une position semblable. Il a fait la déclaration suivante (à la p. 132), qui indique que, dans son interprétation, il présumait la constitutionnalité:

A company incorporated by Dominion statute and subject to the provisions of the Railway Act remains, apart from matters purely of railway legislation, subject to the jurisdiction of the provincial legislature: *C.P.R. v. Notre Dame du Beausecours* [sic], [1899] A.C. 372. It cannot now be questioned that the Employers' Liability Act of this province applies to a railway company operating a railway in the province. If parliament had intended to pass an enactment limiting the time for bringing any suit for damages against a railway company (assuming that it has the power to pass such a law), one would think that in so seriously invading the field of property and civil rights, it would have made its intention clear and unmistakable. I think that the several clauses of sec. 306, grouped together as they now are in the same sec., shew that there was no intention to amend or limit the provisions of the provincial Act.

Thus the issue before this Court in *Pszeniczny* was whether s. 306(1) applied to a cause of action arising under provincial law. While that was presented as a question of construction, the Court made certain assumptions of constitutional authority in coming to a conclusion as to the correct interpretation of s. 306(1). In other words, the Court would not construe the section in a way which would, in its view, be unconstitutional. The majority were of the view that the section applied. Fitzpatrick C.J. said, at p. 40:

Assuming, as I think we must, that it was competent to the Dominion Parliament to pass this legislation I am satisfied that the language of paragraph 1 is sufficiently comprehensive to include all claims for damages, whether they arise at common law or under a statute.

Davies J. felt bound to agree by virtue of the majority decision in *Greer, supra*, although he had dissented in that case. Anglin J. (with whom Brodeur J. concurred) gave the fullest consideration of any member of the court to the constitutional issue, at p. 47:

[TRADUCTION] Une compagnie constituée par une loi du Dominion et assujettie aux dispositions de la Loi sur les chemins de fer demeure, mises à part les questions qui relèvent purement de la législation sur les chemins de fer, assujettie à la compétence de l'assemblée législative provinciale: *C.P.R. v. Notre-Dame du Bonsecours*, [1899] A.C. 372. On ne peut maintenant remettre en question le fait que l'*Employers' Liability Act* de cette province s'applique à une compagnie qui exploite un chemin de fer dans la province. Si le Parlement avait eu l'intention d'adopter un texte législatif limitant le délai pour intenter une poursuite en dommages-intérêts contre une compagnie de chemin de fer (à supposer qu'il ait le pouvoir d'adopter une telle loi), on serait autorisé à penser que, pour un empiètement aussi grave sur le domaine de la propriété et des droits civils, il aurait énoncé son intention clairement et sans laisser aucun doute sur ce point. Je suis d'avis que les diverses clauses de l'art. 306, réunies comme elles le sont maintenant dans le même article, démontrent qu'il n'y avait aucune intention de modifier ou de limiter les dispositions de la loi provinciale.

Par conséquent, cette Cour devait décider dans l'arrêt *Pszeniczny* si le par. 306(1) s'appliquait à une cause d'action découlant d'une loi provinciale. Bien que cela ait été présenté comme une question d'interprétation, la Cour a formulé certaines hypothèses relatives à la compétence constitutionnelle pour arriver à une conclusion quant à la juste interprétation du par. 306(1). En d'autres termes, la Cour n'interpréterait pas l'article d'une manière qui, à son avis, le rendait inconstitutionnel. Les juges de la majorité étaient d'avis que l'article s'appliquait. Le juge en chef Fitzpatrick a dit (à la p. 40):

[TRADUCTION] En présumant, comme nous le devrions à mon avis, que le Parlement du Dominion était compétent pour adopter cette loi, je suis convaincu que le texte du par. 1 est suffisamment général pour comprendre toutes les réclamations en dommages-intérêts, qu'elles découlent de la *common law* ou d'une loi.

Le juge Davies a estimé qu'il était tenu de souscrire à cette opinion en vertu de la décision de la majorité dans l'arrêt *Greer*, précité, bien qu'il fût dissident dans cette affaire. De tous les membres de la Cour, le juge Anglin (avec l'appui du juge Brodeur) est celui qui a fait l'examen le plus complet de la question constitutionnelle (à la p. 47):

If this "law is truly ancillary to railway legislation," although it should deal with and affect civil rights in the province and should overlap provincial legislation, it is *intra vires* and must prevail in cases which fall within its scope. *Grand Trunk Railway Co. v. Attorney-General for Canada*, [1907] A.C. 65. Many reasons may be surmised why Parliament should consider it advisable, if not necessary, for the efficient and satisfactory working and management of their undertakings, that railway companies should be relieved from the necessity of preserving records of accidents and keeping available as witnesses for more than a year employees and other persons who may be in a position to give evidence as to them. With the merits of such a policy we are not concerned. So long as Parliament has not, under the guise of railway legislation, enacted what is not such but is truly legislation as to civil rights, its authority may not be questioned.

Idington J. would have distinguished *Greer* and held the limitation section of the *Railway Act* inapplicable to the case before him (pp. 43-44):

It is conceivable that a burning of refuse including old ties on the track was rendered imperative by that section.

If that view is accepted, though it was not mine, then the company acting under the paramount authority of the "Railway Act" and discharging a duty created thereby could not be held bound by any Act of the legislature in conflict therewith and, as a corollary thereto, the applicability of the limitation of action in section 306 of the "Railway Act" may be arguable.

There is nothing of that sort in this case.

It cannot be pretended, at least so far it has not been since the legislation questioned in, and the decisions in the case of *In re Railway Act of 1904*, 36 Can. S.C.R. 136, and the same case under the name of *Grand Trunk Railway Company v. Attorney-General of Canada*, [1907] A.C. 65, that the "Employers' Liability Act" or similar legislation does not bind the railway companies.

Since *Pszeniczny*, the constitutionality of the special limitation period found in the *Railway Act* seems to have been assumed, perhaps because of the judicial statements just quoted. In *Williams v. Canadian National Railway Co.*, *supra*, the

[TRADUCTION] Si cette loi est vraiment accessoire à la loi sur les chemins de fer, bien qu'elle doive traiter des droits civils dans la province et avoir un effet sur ceux-ci, et doive ainsi chevaucher la loi provinciale, elle est *intra vires* et doit prévaloir dans les cas qui relèvent de sa portée. *Grand Trunk Railway Co. v. Attorney-General for Canada*, [1907] A.C. 65. Plusieurs hypothèses peuvent être avancées quant aux raisons qui ont poussé le Parlement à décider qu'il était souhaitable, sinon nécessaire, pour une gestion et un fonctionnement efficaces et satisfaisants de leurs exploitations, que les compagnies de chemin de fer ne soient pas forcées de conserver des dossiers des accidents et de s'assurer de la disponibilité des employés ou d'autres personnes qui pourraient être en mesure de témoigner à leur sujet. Nous ne nous préoccupons pas du bien-fondé d'une telle politique. Dans la mesure où le Parlement n'a pas, sous l'apparence d'une loi sur les chemins de fer, adopté ce qui est vraiment une loi portant sur les droits civils, son pouvoir ne peut pas être mis en doute.

Le juge Idington aurait fait une distinction avec l'arrêt *Greer* et aurait conclu que l'article sur la prescription de la *Loi sur les chemins de fer* était inapplicable dans l'affaire qui lui avait été présentée (pp. 43 et 44):

[TRADUCTION] On peut concevoir que le fait de brûler des déchets sur la voie y compris des vieilles traverses était rendu obligatoire par cet article.

Si cette opinion était admise, bien que ce ne soit pas la mienne, alors la compagnie agissant en vertu du pouvoir prépondérant de la Loi sur les chemins de fer et exécutant une obligation créée par cette loi ne pourrait être considérée comme liée par une loi de l'assemblée législative en conflit avec celle-ci et, en corollaire, on pourrait soutenir que la prescription de l'action prévue à l'art. 306 de la Loi sur les chemins de fer est applicable.

Il n'y a rien de ce genre en l'espèce.

On ne peut prétendre, du moins dans la mesure où on ne l'a pas fait depuis que la loi a été contestée dans *In re Railway Act of 1904*, 36 Can. R.C.S. 136 et, sous l'intitulé *Grand Trunk Railway Company v. Attorney-General of Canada*, [1907] A.C. 65, que l'«Employers' Liability Act» ou une loi semblable ne lie pas les compagnies de chemin de fer.

Depuis l'arrêt *Pszeniczny*, la constitutionnalité du délai de prescription spécial que prévoit la *Loi sur les chemins de fer* semble avoir été présumée, sans doute en raison des déclarations judiciaires qui viennent d'être citées. Dans l'arrêt *Williams v.*

Appeal Division of the Nova Scotia Supreme Court considered itself bound by *Pszeniczny*, although MacKeigan C.J. indicated, at p. 89, that he would have decided *Williams* differently if he were not bound by authority:

Without benefit of authority, I would have considered s. 342(1) *ultra vires* as an unwarranted intrusion into the administration of justice, as an improper restriction of a common law right of action and as a trespass on "property and civil rights" reserved to the Province, a trespass not justified by Parliament's right to legislate as to railways. I must agree with Chief Justice Cowan, however, that high authority binding on us has held the section *intra vires*.

In the present case, two judges of the New Brunswick Court of Appeal, La Forest and Hoyt J.J.A. found that *Pszeniczny* was not a "considered opinion" of the Supreme Court of Canada on the point, and therefore not a binding authority. As La Forest J.A. pointed out, the constitutional issue does not appear to have been argued in *Pszeniczny* and the validity of the provision now impugned was in that case assumed.

In this Court, the characterization of the manner in which the Court dealt with the issue some seventy years ago is, of course, not determinative. It remains, however, that the Court would be less willing to interfere with a decision arrived at after full argument and deliberation, and it can hardly be said that the point at issue here received such treatment in *Pszeniczny*, nor are the other authorities on the point which have been discussed particularly compelling.

(b) *Changing Circumstances*

La Forest J.A. expressed the view that the changing circumstances in relation to railways and their significance called for a fresh look at the constitutional issue raised. La Forest J.A. made particular reference to *Paskivski v. Canadian Pacific Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 687, where the Court

Canadian National Railway Co., précité, la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse s'est estimée liée par l'arrêt *Pszeniczny*, mais le juge en chef MacKeigan a indiqué qu'il a aurait jugé l'arrêt *Williams* d'une manière différente s'il n'avait pas été lié par la doctrine et la jurisprudence (à la p. 89):

[TRADUCTION] N'eût été la doctrine et la jurisprudence, j'aurais considéré que le par. 342(1) était *ultra vires* parce qu'il constituait une intrusion injustifiée dans l'administration de la justice, une restriction inappropriée d'un droit d'action de *common law* et un empiétement sur «la propriété et les droits civils», matière réservée à la province, qui n'est pas justifié par le droit du Parlement de légiférer en matière de chemins de fer. Toutefois, je dois souscrire à l'opinion du juge en chef Cowan qu'une doctrine et une jurisprudence importantes qui nous lient ont conclu que l'article était *intra vires*.

En l'espèce, deux juges de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, les juges La Forest et Hoyt ont conclu que l'arrêt *Pszeniczny* n'était pas une «opinion motivée» de la Cour suprême du Canada sur ce point et par conséquent ne constituait pas un arrêt ayant force obligatoire à ce sujet. Comme le juge La Forest l'a souligné, la question constitutionnelle ne paraît pas avoir été soulevée dans l'arrêt *Pszeniczny* et la validité de la disposition qui est maintenant contestée avait été présumée dans cet arrêt.

Devant cette Cour, la caractérisation de la manière dont la Cour a analysé la question il y a environ soixante-dix ans, n'est évidemment pas déterminante. Cependant, la Cour ne serait pas vraiment disposée à s'immiscer dans une décision qui aurait été rendue après une argumentation et une délibération complètes. Toutefois, on peut difficilement dire que le point soulevé en l'espèce a reçu un tel traitement dans l'arrêt *Pszeniczny* ou que les autres décisions précitées sur ce point ont une force particulièrement convaincante.

i) b) *L'évolution des circonstances*

Le juge La Forest de la Cour d'appel a exprimé l'avis qu'il fallait aborder la question constitutionnelle sous un nouveau jour compte tenu de l'évolution de la situation et de l'importance des entreprises de chemins de fer. Le juge La Forest a particulièrement insisté sur l'arrêt *Paskivski c.*

considered the duty of a railway company to users of public crossings. Doubt is said to have been cast on the validity of the early railway cases in light of changing circumstances (at p. 708):

The *McKay* case was decided over seventy years ago, when Canada was, to quote Sedgewick J. in that case, "a young and only partially developed territory". Davies J. in the same case expressed concern that railway development not be impeded. The past seventy years have wrought many changes within Canada and today one might perhaps be inclined to question the relevance and validity of a rule of law which limits the common law duty of care of a railway to the special case or the exceptional case, particularly if those words are to receive a strict or narrow construction. It may well be that the interests of a young and undeveloped nation are best served by a minimum of impediment to industrial growth and economic expansion but in a more developed and populous nation this attitude of *laissez faire* may have to yield to accommodate the legitimate concern of society for other vital interests such as the safety and welfare of children.

Laskin C.J. agreed with these comments and continued, at pp. 689-90:

To them I would add, in emphasis of what he has said on the point, that I am unable to appreciate why railway companies, in the conduct of their transportation operations, are today entitled to the benefit of a special rule, more favourable to them, by which their common law liability is to be gauged. When all allowances are made for the force and legal effect of the rules and regulations of the regulatory agency, the Canadian Transport Commission, to which railway companies are subject, and when the question of their liability turns on the common law of negligence as is the case here, they cannot claim to be judged by any different standards than those that apply to other persons or entities charged with liability for negligence.

Canadien Pacifique Ltée, [1976] 1 R.C.S. 687, dans lequel la Cour a examiné l'obligation d'une compagnie de chemin de fer à l'égard des usagers des passages à niveau. On a fait état d'un doute quant à la validité des premières décisions rendues en matière d'entreprises de chemin de fer compte tenu des changements de circonstances (à la p. 708):

La décision dans l'affaire *McKay* a été rendue il y a plus de soixante-dix ans, soit à l'époque où le Canada n'était, pour employer les mots du juge Sedgewick dans cette affaire-là, [TRADUCTION] «qu'un territoire jeune et partiellement développé». Dans cette même affaire, le juge Davies s'est préoccupé du fait que l'extension du réseau ferroviaire ne devait pas être gênée. Le Canada a beaucoup changé au cours des derniers soixante-dix ans et l'on pourrait être enclin aujourd'hui à mettre en doute la pertinence et la validité de la règle de droit qui restreint aux situations spéciales ou exceptionnelles l'obligation de prendre des précautions que le droit commun impose à une compagnie ferroviaire, surtout si ces mots doivent être interprétés rigoureusement ou restrictivement. Il se peut que les intérêts d'une jeune nation en voie de développement soient mieux servis en réduisant les obstacles à la croissance industrielle et à l'expansion économique, mais au sein d'une nation plus développée et peuplée, ce laisser-aller doit céder le pas à l'intérêt légitime qu'entretient la société à l'égard d'autres préoccupations fondamentales telles que la sécurité et le bien-être des enfants.

Le juge en chef Laskin s'est dit d'accord avec ces remarques et a poursuivi (aux pp. 689 et 690):

À ceux-ci je désire ajouter, afin de mettre en relief les propos qu'il a tenus sur cette question, que je ne puis comprendre pourquoi les compagnies ferroviaires, dans la gestion de leurs opérations de transport, jouissent aujourd'hui d'une règle spéciale qui leur est plus favorable et selon laquelle nous devons déterminer leur responsabilité civile. Lorsque l'on tient compte de l'application et de la portée des règlements émanant de l'organisme de contrôle, la Commission canadienne des transports, à laquelle les compagnies de chemin de fer sont assujetties, et lorsque la question de la responsabilité de celles-ci entraîne l'application du droit commun relatif à la négligence, comme c'est le cas en l'espèce, ces compagnies ne peuvent prétendre être jugées selon les critères différents de ceux qui s'appliquent aux autres personnes ou aux autres entités dont la responsabilité est retenue pour cause de négligence.

These comments, of course, were made in the *Paskivski* case in relation to a rule of common law, whereas the issue before us is one of constitutional validity. In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, a case decided after the New Brunswick Court of Appeal rendered judgment in the case at bar, the issue was the validity of the *Lord's Day Act*, R.S.C. 1970, c. L-13, s. 4, under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. One submission in the case was the purpose of legislation may shift or be transformed over time by changing circumstances. The Court unanimously rejected such a doctrine (at pp. 334-35):

First, there are the practical difficulties. No legislation would be safe from a revised judicial assessment of purpose. Laws assumed valid on the basis of persuasive and powerful authority could, at any time, be struck down as invalid. Not only would this create uncertainty in the law, but it would encourage re-litigation of the same issues and, it could be argued, provide the courts with a means by which to arrive at a result dictated by other than legal considerations. It could effectively end the doctrine of *stare decisis* in division of power cases.

Furthermore, the theory of a shifting purpose stands in stark contrast to fundamental notions developed in our law concerning the nature of "Parliamentary intention". Purpose is a function of the intent of those who drafted and enacted the legislation at the time, and not of any shifting variable.

In the absence of an amendment to the constitution itself, legislation, if once constitutionally valid, does not with time and changing circumstances shift its purpose so as to become constitutionally invalid. The purpose of legislation cannot logically be said to alter with the passage of time and changing circumstances. However, as was pointed out in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* in the passage immediately following that just quoted, the scope of a given legislative power and the classification of legislation for constitutional purposes does evolve over time:

As Laskin C.J. has suggested in *R. v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940, at p. 951, "new appreciations" and

Évidemment, ces remarques faites dans l'arrêt *Paskivski* portaient sur une règle de *common law* alors qu'en l'espèce le litige porte sur la validité constitutionnelle d'une disposition législative. Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, qui a été rendu après le jugement de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick en l'espèce, le litige portait sur la validité de la *Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, chap. L-13, art. 4, en regard de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Selon un des arguments présentés dans cette affaire, l'objet d'une loi peut changer ou être modifié au cours des ans en raison des changements de circonstances. La Cour à l'unanimité a rejeté cette théorie (aux pp. 334 et 335):

Tout d'abord, il se présente des difficultés d'ordre pratique. Aucune loi ne serait alors à l'abri d'une réévaluation de son objet par les tribunaux. Des lois dont la validité semblait incontestablement établie par la jurisprudence pourraient, à n'importe quel moment, être déclarées invalides. Sans compter l'incertitude qui en résulterait dans l'application de la loi, cela ouvrirait la voie à de nouveaux litiges sur les mêmes questions et fournirait aux tribunaux, pourrait-on soutenir, un moyen de rendre des décisions fondées sur des considérations non juridiques. Cela pourrait, en réalité, mettre fin à l'application de la doctrine du *stare decisis* aux affaires portant sur le partage des pouvoirs.

De plus, la théorie de l'objet changeant contraste nettement avec les notions fondamentales qui se sont formées dans notre droit au sujet de la nature de «l'intention du législateur». L'objet d'une loi est fonction de l'intention de ceux qui l'ont rédigée et adoptée à l'époque, et non pas d'un facteur variable quelconque.

Sans modification de la constitution elle-même, une loi déclarée valide constitutionnellement ne peut changer d'objet avec le temps et l'évolution des circonstances au point de devenir invalide constitutionnellement. On ne peut affirmer logiquement que l'objet d'une loi se transforme avec le passage du temps et l'évolution des circonstances. Comme il ressort toutefois du passage de l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* qui suit immédiatement celui que nous venons de citer, l'étendue d'un pouvoir législatif et la qualification d'une loi à des fins constitutionnelles évoluent avec les années:

Comme le laisse entendre le juge en chef Laskin dans l'arrêt *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940, à la p. 951,

“re-assessments” may justify a re-interpretation of the scope of legislative power. While this may alter over time the breadth of the various heads of power and thereby affect the classification of legislation, it does not affect the characterization of the purpose of legislation, in this case the *Lord's Day Act*.

R. v. Big M Drug Mart Ltd. does not, therefore, preclude a reassessment of the constitutionality of legislation. This Court has made it clear that constitutional decisions are not immutable, even in the absence of constitutional amendment: See, e.g. *Reference re The Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198, at pp. 212-13; *Reference respecting the Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141, at p. 161; *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654, at p. 661.

It is our view, for the reasons which follow, that the approach taken in *Pszeniczny*, with regard to the scope of the federal power over railways and the classification of the impugned section of the *Railway Act* underlying the holding or assumption of constitutionality, is inconsistent with that taken in the modern jurisprudence of this Court with respect to s. 92(10) of the *Constitution Act, 1867*.

(c) *Application of Provincial Law to s. 92(10) Undertakings*

The first principle is that of the general applicability of provincial legislation of general application. It is well-established that undertakings falling within federal competence by virtue of s. 92(10) are subject to provincial laws of general application: see the recent judgment of this Court in *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749, at pp. 762-63, per Beetz J., describing the “general rule” in the following way:

... works, such as federal railways, things, such as land reserved for Indians, and persons, such as Indians, who are within the special and exclusive jurisdiction of Par-

l'évolution et la «réévaluation» dues à de nouvelles situations sociales peuvent justifier une nouvelle interprétation de l'étendue du pouvoir législatif. Même si un tel phénomène peut, avec le temps, contribuer à modifier la portée des différents chefs de compétence et à changer ainsi la classification d'une loi, cela ne modifie aucunement la caractérisation de l'objet de la loi qui, en l'espèce, est la *Loi sur le dimanche*.

Par conséquent, selon l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, la réévaluation de la constitutionnalité d'une loi est possible. Cette Cour a affirmé clairement que les décisions constitutionnelles ne sont pas immuables et ce, même en l'absence d'une modification constitutionnelle: Voir par ex. *Reference re The Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198, aux pp. 212 et 213; *Renvoi relativement à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141, à la p. 161; *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654, à la p. 661.

Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis que l'approche retenue dans l'arrêt *Pszeniczny*, quant à l'étendue de la compétence fédérale sur les chemins de fer et à la qualification de l'article contesté de la *Loi sur les chemins de fer*, sous-jacente à l'affirmation ou à la présomption de constitutionnalité, est incompatible avec celle de la jurisprudence récente de cette Cour concernant le par. 92(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

c) *L'application de la loi provinciale aux entreprises du par. 92(10)*

Le premier principe est celui de l'applicabilité générale des lois provinciales d'application générale. Il est bien établi que les entreprises qui relèvent de la compétence fédérale reconnue au par. 92(10) sont assujetties aux lois provinciales d'application générale: voir l'arrêt récent de cette Cour *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749, aux pp. 762 et 763, dans lequel le juge Beetz décrit le «principe général» de la façon suivante:

... des ouvrages, tels les chemins de fer fédéraux, des choses, telles les terres réservées aux Indiens, des personnes, telles les Indiens, qui relèvent de la compétence

liament, are still subject to provincial statutes that are general in their application, whether municipal legislation, legislation on adoption, hunting or the distribution of family property, provided however that the application of these provincial laws does not bear upon those subjects in what makes them specifically of federal jurisdiction: *Canadian Pacific Railway Co. v. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367 (“Bonsecours”); *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R. 751 (“Natural Parents”); *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309; *Derrickson v. Derrickson*, [1986] 1 S.C.R. 285.

In several instances, both in this Court and in the Privy Council, the application of provincial laws of general application to railways has been upheld: *Canadian National Railway Co. v. Nor-Min Supplies Ltd.*, [1977] 1 S.C.R. 322; *Canadian Pacific Railway Co. v. Notre-Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367, at p. 372; *Madden v. Nelson and Fort Sheppard Railway Co.*, [1899] A.C. 626, at pp. 628-29.

(d) *The “Integral Element” Test for Federal Legislative Competence*

The second important principle is that the constitutionality and application of federal legislation pursuant to s. 92(10) is governed by what has been described as the “integral element” approach. The term “integral element” is from the opinion of Beetz J. in *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754. The question arose in that case whether provincial wage control legislation was applicable to a contractor working on the construction of an airport on land belonging to the federal government. Beetz J., writing for the majority, held that the provincial laws were applicable (at pp. 768-69):

The issue must be resolved in the light of established principles the first of which is that Parliament has no authority over labour relations as such nor over the terms of a contract of employment; exclusive provincial competence is the rule: *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396. By way of exception however, Parliament may assert exclusive jurisdiction over these matters if it is shown that such jurisdiction is an integral part of its primary competence over some other

particulière et exclusive du Parlement, demeurent assujettis aux lois provinciales d'application générale, qu'il s'agisse de lois municipales, de lois sur l'adoption, de lois sur la chasse, de lois sur le partage des biens familiaux, pourvu toutefois que cet assujettissement n'ait pas pour conséquence que ces lois les atteignent dans ce qui constitue justement leur spécificité fédérale: *Canadian Pacific Railway Co. v. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367 (“Bonsecours”); *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751 (“Parents naturels”); *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309; *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285.

Dans plusieurs cas, cette Cour et le Conseil privé ont confirmé l'applicabilité de lois provinciales d'application générale aux entreprises de chemins de fer: *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Nor-Min Supplies Ltd.*, [1977] 1 R.C.S. 322; *Canadian Pacific Railway Co. v. Notre-Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367, à la p. 372; *Madden v. Nelson and Fort Sheppard Railway Co.*, [1899] A.C. 626, aux pp. 628 et 629.

d) *La compétence législative fédérale fondée sur le critère de la partie intégrante.*

Le deuxième principe important est que la constitutionnalité et l'application de lois fédérales fondées sur le par. 92(10) sont régies par ce qui a été décrit comme l'interprétation selon la «partie intégrante». Cette expression provient de l'opinion du juge Beetz dans l'arrêt *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754. Dans cette affaire, il fallait décider si la loi provinciale sur le contrôle des salaires s'appliquait à un entrepreneur chargé de la construction d'un aéroport sur un terrain appartenant au gouvernement fédéral. Le juge Beetz, au nom de la majorité, a conclu que les lois provinciales étaient applicables (aux pp. 768 et 769):

Cette question doit être tranchée selon les principes établis, le premier étant que les relations de travail comme telles et les termes d'un contrat de travail ne relèvent pas de la compétence du Parlement; les provinces ont une compétence exclusive dans ce domaine: *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396. Cependant, par dérogation à ce principe, le Parlement peut faire valoir une compétence exclusive dans ces domaines s'il est établi que cette compétence est partie

single federal subject: *In re the validity of the Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529 (the *Stevedoring* case). It follows that primary federal competence over a given subject can prevent the application of provincial law relating to labour relations and the conditions of employment but only if it is demonstrated that federal authority over these matters is an integral element of such federal competence; thus, the regulation of wages to be paid by an undertaking, service or business, and the regulation of its labour relations, being related to an integral part of the operation of the undertaking, service or business, are removed from provincial jurisdiction and immune from the effect of provincial law if the undertaking, service or business is a federal one

The majority of the Court was of the view that the construction of an airport is not in every respect an integral part of aeronautics. A contrast was made between the design of an airport, which would be something of exclusive federal interest, and a requirement that a protective helmet be worn, a matter which would relate to provincial safety regulations and have nothing to do with aeronautics.

The *Construction Montcalm Inc.* approach was affirmed the following year in *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115. In that case the issue was whether employees of Northern Telecom were employed upon or in connection with the operation of any federal work, undertaking or business so as to come within the jurisdiction of the Canada Labour Relations Board. *Construction Montcalm* was summarized as follows, at pp. 131-32:

In an elaboration of the foregoing, Mr. Justice Beetz in *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission* set out certain principles which I venture to summarize:

- (1) Parliament has no authority over labour relations as such nor over the terms of a contract of employment; exclusive provincial competence is the rule;
- (2) By way of exception, however, Parliament may assert exclusive jurisdiction over these matters if it is shown that such jurisdiction is an integral part of its

intégrante de sa compétence principale sur un autre sujet: *In re la validité de la Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail*, [1955] R.C.S. 529 (l'arrêt *Stevedoring*). Il s'ensuit que la compétence principale du fédéral sur un sujet donné peut empêcher l'application des lois provinciales relatives aux relations de travail et aux conditions de travail, mais uniquement s'il est démontré que la compétence du fédéral sur ces matières fait intégralement partie de cette compétence fédérale. Ainsi, la réglementation des salaires que doit verser une entreprise, un service ou une affaire et la réglementation de ses relations de travail, toutes choses qui sont étroitement liées à l'exploitation d'une entreprise, d'un service ou d'une affaire, ne relèvent plus de la compétence provinciale et ne sont plus assujetties aux lois provinciales s'il s'agit d'une entreprise, d'un service ou d'une affaire fédérale

La Cour, à la majorité, était d'avis que la construction d'un aéroport ne faisait pas partie intégrante, à tous les points de vue, du domaine de l'aéronautique. Une comparaison a été faite entre les plans d'un aéroport, qui relèveraient exclusivement du pouvoir fédéral, et l'obligation de porter un casque protecteur, qui relèverait de la réglementation provinciale en matière de sécurité et qui n'aurait rien à voir avec l'aéronautique.

L'interprétation adoptée dans l'arrêt *Construction Montcalm Inc.* a été confirmée l'année suivante dans l'arrêt *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115. Dans cette affaire, la question était de savoir si les employés de Northern Telecom étaient employés dans le cadre de l'exploitation d'un ouvrage relevant de la compétence du Conseil canadien des relations du travail ou relativement à celle-ci. L'arrêt *Construction Montcalm* a été résumé de la façon suivante (aux pp. 131 et 132):

Élaborant cette thèse, le juge Beetz a formulé dans l'arrêt *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum* certains principes que je me risque à résumer comme suit:

- (1) Les relations de travail comme telles et les termes d'un contrat de travail ne relèvent pas de la compétence du Parlement; les provinces ont une compétence exclusive dans ce domaine.
- (2) Cependant, par dérogation à ce principe, le Parlement peut faire valoir une compétence exclusive dans ces domaines s'il est établi que cette compétence est

primary competence over some other single federal subject;

(3) Primary federal competence over a given subject can prevent the application of provincial law relating to labour relations and the conditions of employment but only if it is demonstrated that federal authority over these matters is an integral element of such federal competence;

(4) Thus, the regulation of wages to be paid by an undertaking, service or business, and the regulation of its labour relations, being related to an integral part of the operation of the undertaking, service or business, are removed from provincial jurisdiction and immune from the effect of provincial law if the undertaking, service or business is a federal one;

(5) The question whether an undertaking, service or business is a federal one depends on the nature of its operation;

(6) In order to determine the nature of the operation, one must look at the normal or habitual activities of the business as those of "a going concern", without regard for exceptional or casual factors; otherwise, the Constitution could not be applied with any degree of continuity and regularity.

A recent decision of the British Columbia Labour Relations Board, *Arrow Transfer Co. Ltd.*, [1974] 1 Can. L.R.B.R. 29, provides a useful statement of the method adopted by the courts in determining constitutional jurisdiction in labour matters. First, one must begin with the operation which is at the core of the federal undertaking. Then the courts look at the particular subsidiary operation engaged in by the employees in question. The court must then arrive at a judgment as to the relationship of that operation to the core federal undertaking, the necessary relationship being variously characterized as "vital", "essential" or "integral".

While tailored to meet the particular issue of constitutional competence in the field of labour relations, this summary provides a guide for the analysis required in the case at bar.

These principles were recently reiterated in *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, *supra*. There, provincial occupational health and safety legislation was held inapplicable to a s. 92(10) undertaking on the ground that the provincial measures entered (at p. 798) "directly and massively into the field of working conditions and labour relations on the one hand and, on the other ... into the field of the

partie intégrante de sa compétence principale sur un autre sujet.

(3) La compétence principale du fédéral sur un sujet donné peut empêcher l'application des lois provinciales relatives aux relations de travail et aux conditions de travail, mais uniquement s'il est démontré que la compétence du fédéral sur ces matières fait intégralement partie de cette compétence fédérale.

(4) Ainsi, la réglementation des salaires que doit verser une entreprise, un service ou une affaire et la réglementation de ses relations de travail, toutes choses qui sont étroitement liées à l'exploitation d'une entreprise, d'un service ou d'une affaire, ne relèvent plus de la compétence provinciale et ne sont plus assujetties aux lois provinciales s'il s'agit d'une entreprise, d'un service ou d'une affaire fédérale.

(5) La question de savoir si une entreprise, un service ou une affaire relève de la compétence fédérale dépend de la nature de l'exploitation.

(6) Pour déterminer la nature de l'exploitation, il faut considérer les activités normales ou habituelles de l'affaire en tant qu'«entreprise active», sans tenir compte de facteurs exceptionnels ou occasionnels; autrement, la Constitution ne pourrait être appliquée de façon continue et régulière.

Une décision récente du Labour Relations Board de la Colombie-Britannique, *Arrow Transfer Co. Ltd.*, [1974] 1 Can. L.R.B.R. 29, expose la méthode retenue par les cours pour déterminer la compétence constitutionnelle en matière de relations de travail. Premièrement, il faut examiner l'exploitation principale de l'entreprise fédérale. On étudie ensuite l'exploitation accessoire pour laquelle les employés en question travaillent. En dernier lieu on parvient à une conclusion sur le lien entre cette exploitation et la principale entreprise fédérale, ce lien nécessaire étant indifféremment qualifié «fondamental», «essentiel» ou «vital».

Bien qu'adapté à la question particulière de la compétence constitutionnelle en matière de relations de travail, ce résumé nous fournit un guide pour l'examen requis en l'espèce.

Ces principes ont été récemment repris dans l'arrêt *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, précité. Dans cette affaire, il avait été décidé que la loi provinciale sur la santé et la sécurité du travail ne s'appliquait pas à une entreprise relevant du par. 92(10) pour le motif que les mesures provinciales entraient (à la p. 798) «directement et massivement d'une part dans le domaine des conditions de

management and operation of undertakings". A similar result was reached in the companion cases, *Canadian National Railway Co. v. Courtois*, [1988] 1 S.C.R. 868, and *Alltrans Express Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 S.C.R. 897. Provincial limitation of action legislation plainly does not impinge upon the management or operation of the railway in the manner of the legislation at issue in those cases. Moreover, as noted earlier, Beetz J. specifically adverted to the first general constitutional principle which prevails with reference to s. 92(10) undertakings: they are subject to provincial laws of general application that do not bear upon their specifically federal aspects.

(e) *Application of Principles*

There can be no doubt that the New Brunswick legislature is constitutionally competent to legislate, as it did, in respect of general limitation periods by virtue of s. 92(13) and (14) of the Constitution.

It is clear from the authorities just discussed that undertakings which fall under federal legislative competence by virtue of s. 92(10) are not thereby removed from the ambit of provincial legislative competence, and equally, that they are not entirely embraced by the legislative authority of Parliament. While section 342(1) of the *Railway Act* is plainly legislation in relation to railways, a limitation provision relating to an action for personal injury caused by a railway cannot be said to be an integral part of federal jurisdiction. The core federal responsibility regarding railways is to plan, establish, supervise and maintain the construction and operation of rail lines, railroad companies, and related operations. The establishment of general limitation periods which affect those injured by the negligence of the railway is not, to our mind, part of that core federal responsibility or of any penumbra sufficiently proximate to satisfy the test articulated in the cases just referred to. Such limitation periods are not an integral part

travail et des relations de travail et, d'autre part . . . dans le domaine de la gestion et des opérations des entreprises». La Cour est parvenue au même résultat dans deux autres arrêts rendus le même jour, *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Courtois*, [1988] 1 R.C.S. 868 et *Alltrans Express Ltd. c. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 R.C.S. 897. La loi provinciale sur la prescription d'actions n'empiète certainement pas sur la gestion et l'exploitation d'une entreprise de chemin de fer de la même manière que la loi visée dans ces affaires. De plus, comme nous l'avons souligné auparavant, le juge Beetz a mentionné précisément le premier principe constitutionnel général qui prévaut au regard des entreprises visées par le par. 92(10): elles sont assujetties aux lois provinciales d'application générale qui ne les atteignent pas dans leurs dimensions spécifiquement fédérales.

e) *L'application des principes*

Il ne fait aucun doute que la législature du Nouveau-Brunswick est constitutionnellement compétente pour légiférer, comme elle l'a fait, en matière de délais de prescription généraux, en application des par. 92(13) et (14) de la Constitution.

Il ressort clairement des sources que nous venons d'examiner que les entreprises qui relèvent de la compétence législative fédérale en vertu du par. 92(10) ne sont pas de ce fait soustraites à la compétence législative provinciale de même qu'elles ne sont pas entièrement régies par l'autorité législative du Parlement. Bien que le par. 342(1) de la *Loi sur les chemins de fer* se rapporte clairement aux chemins de fer, on ne peut affirmer qu'une disposition concernant la prescription applicable à une action pour blessures causées par un train fait partie intégrante de la compétence fédérale. La responsabilité fédérale fondamentale en matière de chemin de fer est de planifier, d'établir, de superviser et de gérer la construction et l'exploitation de chemins de fer, de compagnies de chemin de fer et d'opérations connexes. À notre avis, l'établissement de délais de prescription généraux qui touchent ceux qui sont blessés en raison de la négligence de l'entreprise de chemin de fer ne fait pas partie intégrante de cette responsabilité fédé-

of jurisdiction over railways, but rather, as La Forest J.A. put it in the Court of Appeal, at p. 294, "an attempt to reframe for the benefit of railway undertakings the general legal environment of property and civil rights in which these undertakings function in common with other individuals and enterprises." The analogy drawn by La Forest J.A. to the operation of interprovincial truck and bus lines serves to illustrate the point. There can be no doubt that such undertakings fall within federal competence pursuant to s. 92(10), yet it would seem extraordinary to suggest that Parliament could impose a special limitation period to govern actions for injuries caused by undertakings and thereby massively disrupt and interfere with the course of personal injury litigation within the province where an accident occurred. We conclude, therefore, that the assumption made in *Pszeniczny* regarding the constitutionality of the limitation period in the *Railway Act* is no longer valid. We would hold that s. 342(1) is *ultra vires* in so far as it applies to an action such as the present one.

(f) *Reading Down s. 342(1)*

It is necessary to consider whether s. 342(1) can be restricted to a constitutionally permissible scope. In this case, the question is whether the limitations period provision can be read as applying solely to breaches of statutory causes of action validly created under the *Railway Act*, i.e., statutory causes of actions which themselves are integral elements of federal competence over railways. La Forest J.A. was of the view that they could be so restricted (at pp. 297-98):

At the same time I would think s. 342(1) would have application to rights of action validly created by the *Railway Act*. If Parliament has the right to impose special obligations on a railway and give an action to a party to enforce it, it would seem to follow that it has the right to restrict that obligation, whether it be in terms of the time within which it is to be subject to it or otherwise. . . . I raise the matter here simply to indicate

rale fondamentale et n'en est pas assez proche pour répondre au critère défini dans les arrêts précités. Ces délais de prescription ne sont pas une partie intégrante de la compétence sur les chemins de fer mais au contraire, comme le juge La Forest l'a dit en Cour d'appel (à la p. 294) «une tentative de restructuration, à l'avantage des entreprises de chemins de fer, du cadre juridique général qui entoure la propriété et les droits civils et dans lequel ces entreprises évoluent tout comme d'autres individus et entreprises». L'analogie proposée par le juge La Forest avec l'exploitation d'un service interprovincial de camionnage et d'autobus illustre bien ce point. Il ne fait pas de doute que ces entreprises relèvent de la compétence fédérale en vertu du par. 92(10), mais il serait étonnant que le Parlement puisse imposer un délai de prescription spécial aux poursuites intentées pour des blessures causées par ces entreprises et perturber massivement, par une telle ingérence, le déroulement de ce type de litiges dans la province où un accident s'est produit. Par conséquent, nous sommes d'avis que la présomption, dans l'arrêt *Pszeniczny*, de la constitutionnalité du délai de prescription établi par la *Loi sur les chemins de fer* n'est plus valide. Nous sommes d'avis que le par. 342(1) est *ultra vires* quant à son application dans une action comme celle-ci.

f) *L'interprétation atténuée du par. 342(1)*

Il faut déterminer s'il est possible de donner au par. 342(1) une portée plus restreinte qui soit acceptable sur le plan constitutionnel. Peut-on interpréter cette disposition relative au délai de prescription comme s'appliquant seulement à des causes d'action validement créées par la *Loi sur les chemins de fer*, c.-à-d. des causes d'action prévues par la loi qui font elles-mêmes partie intégrante de la compétence fédérale sur les chemins de fer. Le juge La Forest était d'avis qu'il pouvait en être ainsi (aux pp. 297 et 298):

Par contre, je pense que le paragr. 342(1) pourrait s'appliquer si le droit d'intenter une action était créé de façon valide par la *Loi sur les chemins de fer*. Si le Parlement a le droit d'imposer des obligations particulières à un chemin de fer et de donner le droit d'intenter une action à une partie pour que le chemin de fer respecte ses obligations, il semble normal qu'il ait le droit de limiter ces obligations, que ce soit par un délai

that the s. 342(1) would be *intra vires* in its application to an action validly created by the *Railway Act*, in which case as earlier mentioned it would apply unaffected by s. 18 of the *Limitation of Actions Act*.

Accordingly, while the words of the provision must in this court be taken to be broad enough to cover it, they could henceforth be so read as confined in their operation within the scope of the constitutional powers assigned to Parliament. It is sufficient for present purposes to hold that the section does not apply to a common law action for negligence in the operation of a railway.

We are in agreement with *La Forest J.A.* on this point. In our opinion, the provision can and should be read down. There is nothing improper in a statute creating a specific cause of action. The *Railway Act* does create statutory causes of action (see s. 336) and s. 342(1) is constitutionally applicable to govern such actions.

Although Parliament's intent may not have intended to restrict the limitation provision to those causes of action specifically created by the statute, s. 342(1) is capable of bearing that restricted meaning. To confine s. 342(1) to validly enacted causes of action under valid federal legislation does not deprive the section of all real effect; it merely reduces its scope to what is constitutionally permitted.

VI

Conclusion

We conclude that s. 342(1) is *ultra vires* the federal Parliament in so far as it purports to apply to a common law action for negligence in the operation of a railway. We would add, as did *La Forest J.A.* in the Court of Appeal, that the issue in this case is the jurisdiction of Parliament to create special limitation period for those undertakings described in s. 92(10). Different considerations arise with reference to limitation periods enacted under other heads of federal power such as bankruptcy or bills of exchange which would fall within the rubric of "property and civil rights" were they not carved out by specific conditional

de prescription ou autrement. [. . .] Je soulève ici cette question tout simplement pour indiquer que le paragr. 342(1) serait *intra vires* si on l'appliquait à un droit d'intenter une action créée de façon valide par la *Loi sur les chemins de fer* auquel cas, comme je l'ai déjà mentionné, il pourrait s'appliquer sans que l'art. 18 de la *Loi sur la prescription* y porte atteinte.

Par conséquent, bien que les termes de la disposition doivent être considérés par la présente Cour comme étant suffisamment généraux pour comprendre une telle action, ils pourraient désormais être tenus pour limités dans leur applicabilité par l'étendue des pouvoirs constitutionnels accordés au Parlement. Il suffit pour l'instant de statuer que l'article ne s'applique pas à une action en Common Law pour négligence dans la mise en service d'un chemin de fer.

Nous partageons l'avis du juge *La Forest* sur ce point. À notre avis, l'interprétation de la disposition peut et doit être restreinte. Une loi qui crée une cause d'action spécifique n'a rien d'irrégulier. La *Loi sur les chemins de fer* crée effectivement des causes d'action (voir l'art. 336) et le par. 342(1) est applicable constitutionnellement pour régir ces actions.

Il se peut que le Parlement n'ait pas eu l'intention de restreindre la disposition sur la prescription aux causes d'action que la loi créait spécifiquement, mais il est possible de donner au par. 342(1) ce sens restreint. Restreindre l'application du par. 342(1) aux causes d'action valablement édictées en vertu d'une loi fédérale valide ne prive pas l'article de tout effet véritable; cela ne fait que restreindre sa portée à ce qui est acceptable sur le plan constitutionnel.

VI

Conclusion

Nous concluons que le par. 342(1) est *ultra vires* du Parlement fédéral dans la mesure où il vise à s'appliquer à une action en *common law* fondée sur la négligence dans la mise en service d'un chemin de fer. Nous sommes d'avis d'ajouter, tout comme le juge *La Forest* en Cour d'appel, que la question litigieuse en l'espèce porte sur la compétence du Parlement de créer un délai de prescription particulier aux entreprises visées au par. 92(10). Des considérations différentes sont à l'origine des délais de prescription adoptés dans d'autres domaines de compétence fédérale comme la faillite et les lettres de change, qui relèveraient de

provision: See, e.g., *Attorney-General for Alberta and Winstanley v. Atlas Lumber Co.*, [1941] S.C.R. 87; *Cushing v. Dupuy* (1880), 5 App. Cas. 409.

We would therefore answer the constitutional questions as follows:

Question (1)

Is section 342(1) of the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2, constitutionally valid or constitutionally applicable to this action?

Answer:

Section 342(1) is *ultra vires* to the extent that it purports to apply to an action for damages for personal injury arising under provincial law.

Question (2)

If section 342(1) of the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2, is constitutionally valid and constitutionally applicable to this action, does it conflict with and render inoperative section 18 of the *Limitation of Actions Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-8?

Answer:

In the light of the answer to question 1, it is not necessary to answer this question.

The appeal is accordingly dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: Ronald Jackson, Moncton.

Solicitors for the respondent James Mark Clark: Ashfield, DeWitt & LeBlanc, Fredericton.

Solicitor for the respondent the Attorney General for New Brunswick: The Department of Justice, Fredericton.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener Canadian Pacific Limited: Katharine F. Braid, Toronto.

la «propriété et des droits civils» s'ils n'en avaient pas été retirés par une disposition constitutionnelle spécifique: Voir, par ex., *Attorney-General for Alberta and Winstanley v. Atlas Lumber Co.*, [1941] R.C.S. 87; *Cushing v. Dupuy* (1880), 5 App. Cas. 409.

Nous sommes donc d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

Question (1)

Le paragraphe 342(1) de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, chap. R-2, est-il, du point de vue constitutionnel, valide et applicable en l'espèce?

Réponse:

Le paragraphe 342(1) est *ultra vires* dans la mesure où il vise à s'appliquer à une action en dommages-intérêts pour blessures fondée sur une loi provinciale.

Question (2)

Si le paragraphe 342(1) de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, chap. R-2 est, du point de vue constitutionnel, valide et applicable en l'espèce, entre-t-il en conflit avec l'art. 18 de la *Loi sur la prescription*, L.R.N.-B. 1973, chap. L-8, ou le rend-il inopérant?

Réponse:

Compte tenu de la réponse apportée à la première question, il n'est pas nécessaire de répondre à celle-ci.

Le pourvoi est donc rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appelante: Ronald Jackson, Moncton.

Procureurs de l'intimé James Mark Clark: Ashfield, DeWitt & LeBlanc, Fredericton.

Procureur de l'intimé le procureur général du Nouveau-Brunswick: Le ministère de la Justice, Fredericton.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenante Canadien Pacifique Limitée: Katharine F. Braid, Toronto.

The Attorney General of Quebec *Appellant*

v.

La Chaussure Brown's Inc. *Respondent*

and

Valerie Ford *Respondent*

and

McKenna Inc. *Respondent*

and

Nettoyeur et Tailleur Masson Inc.
Respondent

and

La Compagnie de Fromage Nationale Ltée
Respondent

and

**The Attorney General of Canada,
the Attorney General for Ontario and
the Attorney General for New Brunswick**
Intervenors

INDEXED AS: FORD v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 20306.

1987: November 16, 17, 18; 1988: December 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Exception where express declaration — Provincial legislation requiring that public signs, commercial advertising and firm name should be in French only — Whether provincial legislation protected from the application of s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms by a valid and subsisting override provision — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 33 — Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 58, 69, 214 — An Act to amend the Charter of the French Language, S.Q. 1983, c. 56, s. 52 — An Act respecting the Constitution Act, 1982, S.Q. 1982, c. 21, ss. 1, 7.

* Estey and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

Le procureur général du Québec *Appelant*

c.

La Chaussure Brown's Inc. *Intimée*

^a

et

Valerie Ford *Intimée*

et

^b

McKenna Inc. *Intimée*

et

^c

Nettoyeur et Tailleur Masson Inc. *Intimée*

et

^d

La Compagnie de Fromage Nationale Ltée
Intimée

et

^e

**Le procureur général du Canada,
le procureur général de l'Ontario et
le procureur général du Nouveau-Brunswick**
Intervenants

RÉPERTORIÉ: FORD c. QUÉBEC (PROCURÉUR GÉNÉRAL)

^f N° du greffe: 20306.

1987: 16, 17, 18 novembre; 1988: 15 décembre.

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

^g

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Dérogation par déclaration expresse — Loi provinciale exigeant que l'affichage public, la publicité commerciale et les raisons sociales soient en français seulement — La loi provinciale est-elle soustraite à l'application de l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés par une disposition dérogatoire valide et en vigueur? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 33 — Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 58, 69, 214 — Loi modifiant la Charte de la langue française, L.Q. 1983, chap. 56, art. 52 — Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982, L.Q. 1982, chap. 21, art. 1, 7.

^j

* Les juges Estey et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

Constitutional law — Charter of Rights — Override provision — Provincial legislation adding standard override provision to all provincial statutes enacted before June 23, 1982 — Standard override provision given retrospective effect — Whether standard override provisions enacted by provincial legislation valid — Whether provincial legislation consistent with s. 33 of the Canadian Charter — Whether all the provisions in s. 2 and ss. 7 to 15 of the Canadian Charter could be validly overridden by a single enactment — Whether override provision may have a retrospective effect — An Act respecting the Constitution Act, 1982, S.Q. 1982, c. 21, ss. 1, 2, 7 — Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, s. 214 — An Act to amend the Charter of the French Language, S.Q. 1983, c. 56, s. 52.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Provincial legislation requiring that public signs, commercial advertising and firm name should be in French only — Whether freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms includes the freedom to express oneself in the language of one's choice — Whether the guarantee of freedom of expression extends to commercial expression — Whether provincial legislation infringes the guarantee of freedom of expression — Whether limit imposed by the provincial legislation on freedom of expression justifiable under s. 1 of the Canadian Charter — Whether a denial or negation of a guaranteed right or freedom could be a limit within s. 1 — Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 58, 69.

Statutes — Application — Provincial human rights legislation — Dates from which s. 3 of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms took precedence over the provisions of the other provincial statutes — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 52 — An Act to amend the Charter of Human Rights and Freedoms, S.Q. 1982, c. 61, ss. 16, 34 — Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 58, 69 — An Act to amend the Charter of the French Language, S.Q. 1983, c. 56, s. 12.

Civil rights — Provincial human rights legislation — Freedom of expression — Provincial legislation requiring that public signs, commercial advertising and firm name should be in French only — Whether freedom of expression guaranteed by s. 3 of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms includes the freedom to express oneself in the language of one's choice — Whether the guarantee of freedom of expression extends to commercial expression — Whether provin-

Droit constitutionnel — Charte des droits — Disposition dérogatoire — Loi provinciale ajoutant une disposition dérogatoire type à toutes les lois provinciales adoptées avant le 23 juin 1982 — Disposition dérogatoire type ayant effet rétroactif — Les dispositions dérogatoires types édictées par la loi provinciale sont-elles valides? — La loi provinciale est-elle compatible avec l'art. 33 de la Charte canadienne? — Peut-il être dérogé à toutes les dispositions de l'art. 2 et des art. 7 à 15 de la Charte canadienne par un seul texte législatif? — La disposition dérogatoire peut-elle avoir un effet rétroactif? — Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982, L.Q. 1982, chap. 21, art. 1, 2, 7 — Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 214 — Loi modifiant la Charte de la langue française, L.Q. 1983, chap. 56, art. 52.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Loi provinciale exigeant que l'affichage public, la publicité commerciale et les raisons sociales soient en français seulement — La liberté d'expression garantie par l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés comprend-elle la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix? — La garantie de liberté d'expression s'étend-elle à l'expression commerciale? — La loi provinciale viole-t-elle la garantie de liberté d'expression? — La restriction que la loi provinciale impose à la liberté d'expression est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte canadienne? — Le déni ou la négation d'un droit ou d'une liberté garantis peuvent-ils constituer une restriction aux fins de l'article premier? — Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 58, 69.

Législation — Application — Loi provinciale sur les droits de la personne — Dates à partir desquelles l'art. 3 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec avait préséance sur les dispositions des autres lois provinciales — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., chap. C-12, art. 3, 52 — Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne, L.Q. 1982, chap. 61, art. 16, 34 — Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 58, 69 — Loi modifiant la Charte de la langue française, L.Q. 1983, chap. 56, art. 12.

Libertés publiques — Loi provinciale sur les droits de la personne — Liberté d'expression — Loi provinciale exigeant que l'affichage public, la publicité commerciale et les raisons sociales soient en français seulement — La liberté d'expression garantie par l'art. 3 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec comprend-elle la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix? — La garantie de liberté d'expression s'étend-elle à l'expression commerciale? — La loi provin-

cial legislation infringes the guarantee of freedom of expression — Whether limit imposed by the provincial legislation on freedom of expression justifiable under s. 9.1 of the Quebec Charter — Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 58, 69.

Civil rights — Discrimination based on language — Provincial legislation requiring that public signs, commercial advertising and firm name should be in French only — Whether provincial legislation infringes the guarantee against discrimination based on language in s. 10 of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms — Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 58, 69.

In February 1984, the respondents sought a declaration from the Superior Court that ss. 58 and 69, and ss. 205 and 208 to the extent they applied thereto, of the *Charter of the French Language*, R.S.Q., c. C-11, were inoperative and of no force of effect. Section 58 requires that "Public signs and posters and commercial advertising shall be solely in" French and s. 69 that "... only the French version of a firm name may be used in Québec". Sections 205 to 208 deal with the offences, penalties and other sanctions for a contravention of any of the provisions of the *Charter of the French Language*. The Superior Court allowed the motion in part and declared s. 58 to be inoperative. The Attorney General of Quebec appealed and respondents entered an incidental appeal against the failure of the Superior Court to declare ss. 69 and 205 to 208 inoperative. The Court of Appeal dismissed the appeal and allowed the incidental appeal. This appeal is to determine (1) whether ss. 58 and 69 infringe the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and s. 3 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12; and (2) whether ss. 58 and 69 infringe the guarantee against discrimination based on language in s. 10 of the Quebec *Charter*.

Held: The appeal should be dismissed. Sections 58 and 69 of the *Charter of the French Language*, and ss. 205 to 208 thereof to the extent they apply to ss. 58 and 69, infringe s. 3 of the Quebec *Charter* and are not justified under s. 9.1 of the Quebec *Charter*. Section 69, and ss. 205 to 208 to the extent they apply to s. 69, infringe s. 2(b) of the *Canadian Charter* and are not justified by s. 1 of the *Canadian Charter*. Sections 58 and 69 infringe s. 10 of the Quebec *Charter*.

(a) *Application of Canadian Charter*

Section 58 of the *Charter of the French Language*, replaced by s. 12 of *An Act to amend the Charter of the*

vinciale viole-t-elle la garantie de liberté d'expression? — La restriction que la loi provinciale impose à la liberté d'expression est-elle justifiable en vertu de l'art. 9.1 de la Charte québécoise? — Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 58, 69.

Libertés publiques — Discrimination fondée sur la langue — Loi provinciale exigeant que l'affichage public, la publicité commerciale et les raisons sociales soient en français seulement — La loi provinciale viole-t-elle la garantie contre la discrimination fondée sur la langue reconnue à l'art. 10 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec? — Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 58, 69.

En février 1984, les intimées ont demandé en Cour supérieure un jugement déclarant que les art. 58 et 69 de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., chap. C-11, ainsi que ses art. 205 et 208, dans la mesure où ils s'appliquent aux art. 58 et 69, sont inopérants et sans effet. Aux termes de l'art. 58, «L'affichage public et la publicité commerciale se font uniquement» en français et l'art. 69 dispose que «... seule la raison sociale en langue française peut être utilisée au Québec». Les articles 205 à 208 portent sur les infractions, les peines et les autres sanctions qu'entraîne une contravention aux dispositions de la *Charte de la langue française*. La Cour supérieure a accueilli la requête en partie et a déclaré l'art. 58 inopérant. Le procureur général du Québec a interjeté appel et les intimées ont formé un appel incident fondé sur le fait que la Cour supérieure n'avait pas déclaré inopérants les art. 69 et 205 à 208. La Cour d'appel a rejeté l'appel et a accueilli l'appel incident. Le pourvoi vise à déterminer (1) si les art. 58 et 69 portent atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et par l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., chap. C-12; et (2) si les art. 58 et 69 violent la garantie contre la discrimination fondée sur la langue, énoncée à l'art. 10 de la *Charte québécoise*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté. Les articles 58 et 69 de la *Charte de la langue française* et ses art. 205 à 208, dans la mesure où ils s'appliquent aux art. 58 et 69, enfreignent l'art. 3 de la *Charte québécoise* et ne sont pas justifiés par l'art. 9.1 de celle-ci. L'article 69 et les art. 205 à 208, dans la mesure où ils s'appliquent à l'art. 69, enfreignent l'al. 2b) de la *Charte canadienne* et ne sont pas justifiés par l'article premier de celle-ci. Les articles 58 et 69 contreviennent à l'art. 10 de la *Charte québécoise*.

a) *Application de la Charte canadienne*

L'article 58 de la *Charte de la langue française*, remplacé par l'art. 12 de la *Loi modifiant la Charte de*

French Language, S.Q. 1983, c. 56, is protected from the application of s. 2(b) of the Canadian Charter by s. 52 of the amending Act — proclaimed in force on February 1, 1984. Section 52 is a valid and subsisting override provision enacted pursuant to s. 33 of the Canadian Charter. The essential requirement of form laid down by s. 33 is that there must be an express declaration that an Act or a provision of an Act shall operate notwithstanding a provision included in s. 2 or ss. 7 to 15 of the Canadian Charter. A section 33 declaration is sufficiently express if it refers to the number of the section, subsection or paragraph of the Charter which contains the provision or provisions to be overridden. Of course, if a legislature intends to override only a part of a provision contained in a section then there would have to be a sufficient reference in words to the part to be overridden. Section 69 of the *Charter of the French Language* is not protected from the application of s. 2(b) since it was not affected by *An Act to amend the Charter of the French Language*.

Section 214 of the *Charter of the French Language* no longer protects s. 69 from the application of s. 2(b) of the Canadian Charter. Pursuant to s. 33(3) of the Canadian Charter, s. 214, enacted by s. 1 of *An Act respecting the Constitution Act, 1982*, S.Q. 1982, c. 21, ceased to have effect on June 23, 1987, five years after the enacting Act came into force.

Section 1 of *An Act respecting the Constitution Act, 1982*, which re-enacted all of the Quebec statutes adopted before April 17, 1982 — the date the Canadian Charter came into force — with the addition in each of the standard override provision, was an effective exercise of legislative authority that did not prevent the override declaration so enacted in each statute from being an express declaration within the meaning of s. 33 of the Canadian Charter. However, in providing that s. 1 should have effect from April 17, 1982, s. 7 of the Act gave retrospective effect to the override provision. This is contrary to s. 33 of the Canadian Charter which permits prospective derogation only. Section 7 is therefore to the extent of this inconsistency with s. 33 of the Canadian Charter, of no force or effect, with the result that the standard override provisions enacted by s. 1 of that Act came into force on June 23, 1982 in accordance with the first paragraph of s. 7.

(b) Application of Quebec Charter

Sections 58 and 69 of the *Charter of the French Language* are both subject to s. 3 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*. By operation of s. 52

la langue française, L.Q. 1983, chap. 56, est soustrait à l'application de l'al. 2b) de la *Charte* canadienne en raison de l'art. 52 de la loi modificatrice, proclamée en vigueur le 1^{er} février 1984. L'article 52 est une disposition dérogatoire valide et en vigueur adoptée conformément à l'art. 33 de la *Charte* canadienne. La principale condition de forme imposée par l'art. 33 est que la déclaration dérogatoire indique 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* canadienne. Une déclaration faite en vertu de l'art. 33 est suffisamment explicite si elle mentionne le numéro de l'article, du paragraphe ou de l'alinéa de la *Charte* qui contient la disposition ou les dispositions auxquelles on entend déroger. Bien entendu, si le législateur entend ne déroger qu'à une partie d'une disposition d'un article, il faudra que des mots indiquent clairement ce qui fait l'objet de la dérogation. L'article 69 de la *Charte de la langue française* n'est pas soustrait à l'application de l'al. 2b) parce qu'il n'est pas touché par la *Loi modifiant la Charte de la langue française*.

L'article 214 de la *Charte de la langue française* ne soustrait plus l'art. 69 à l'application de l'al. 2b) de la *Charte* canadienne. Suivant le par. 33(3) de la *Charte* canadienne, l'art. 214, adopté par l'art. 1 de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982, chap. 21, a cessé d'avoir effet le 23 juin 1987, soit cinq ans après la date d'entrée en vigueur de la loi qui l'a édicté.

L'article 1 de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, qui adopte de nouveau, en y ajoutant la disposition dérogatoire type, toutes les lois québécoises adoptées avant le 17 avril 1982, date d'entrée en vigueur de la *Charte* canadienne, constitue un exercice valable du pouvoir législatif et n'empêche pas la déclaration dérogatoire ainsi introduite dans chaque loi d'être une déclaration expresse au sens de l'art. 33 de la *Charte* canadienne. Toutefois, en prévoyant que l'art. 1 s'appliquait à partir du 17 avril 1982, l'art. 7 de la *Loi* donnait un effet rétroactif à la disposition dérogatoire. Cela va à l'encontre de l'art. 33 de la *Charte* canadienne qui autorise seulement des dérogations pour l'avenir. L'article 7 est donc inopérant dans la mesure de cette incompatibilité avec l'art. 33 de la *Charte* canadienne, ce qui a pour conséquence que les dispositions dérogatoires types adoptées par l'art. 1 de ladite loi sont entrées en vigueur le 23 juin 1982 conformément avec la première phrase de l'art. 7.

b) Application de la Charte québécoise

Les articles 58 et 69 de la *Charte de la langue française* sont tous les deux assujettis à l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec.

of the Quebec *Charter*, as amended by s. 16 of *An Act to amend the Charter of Human Rights and Freedoms*, S.Q. 1982, c. 61, and of s. 34 of the amending Act, respecting the coming into force of s. 16 by proclamation, s. 3 of the Quebec *Charter* took precedence from October 1, 1983, the date the amending Act came into force by proclamation, over "Acts subsequent to that date" and from January 1, 1986 over "Acts preceding" October 1, 1983. The word "subsequent" in s. 34 refers to an enactment that is subsequent in time to October 1, 1983, regardless of its effect on existing legislation. As a result, s. 3 of the Quebec *Charter* was applicable to s. 58 of the *Charter of the French Language* from February 1, 1984 — the date s. 58, as amended by s. 12 of *An Act to amend the Charter of the French Language*, S.Q. 1983, c. 56, was proclaimed in force — and was applicable to s. 69 of the *Charter of the French Language* not later than January 1, 1986.

(c) Freedom of Expression

The "freedom of expression" guaranteed by s. 2(b) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter* includes the freedom to express oneself in the language of one's choice. Language is so intimately related to the form and content of expression that there cannot be true freedom of expression by means of language if one is prohibited from using the language of one's choice. Language is not merely a means or medium of expression; it colours the content and meaning of expression. It is a means by which a people may express its cultural identity. It is also the means by which one expresses one's personal identity and sense of individuality. The recognition that "freedom of expression" includes the freedom to express oneself in the language of one's choice does not undermine or run counter to the express or specific guarantees of language rights in s. 133 of the *Constitution Act, 1867* and ss. 16 to 23 of the Canadian *Charter*.

The expression contemplated by ss. 58 and 69 of the *Charter of the French Language* — conveniently characterized as "commercial expression" — is expression within the meaning of both s. 2(b) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter*. Commercial expression, like political expression, is one of the forms of expression that is deserving of constitutional protection because it serves individual and societal values in a free and democratic society. Indeed, over and above its intrinsic value as expression, commercial expression, which protects listeners as well as speakers, plays a significant role in enabling individuals to make informed economic choices, an important aspect of individual

Par l'effet de l'art. 52 de la *Charte* québécoise, tel que modifié par l'art. 16 de la *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982, chap. 61, et par l'effet de l'art. 34 de la loi modificatrice, qui prévoit l'entrée en vigueur de l'art. 16 par proclamation, l'art. 3 de la *Charte* québécoise avait, à partir du 1^{er} octobre 1983, date où la loi modificatrice est entrée en vigueur par proclamation, préséance sur «les lois postérieures à cette date» et, à partir du 1^{er} janvier 1986, sur «les lois antérieures» au 1^{er} octobre 1983. L'expression «loi postérieure», à l'art. 34 désigne un texte législatif adopté après le 1^{er} octobre 1983, indépendamment de son effet sur les lois déjà en vigueur à ce moment-là. Par conséquent, l'art. 3 de la *Charte* québécoise s'appliquait à l'art. 58 de la *Charte de la langue française* dès le 1^{er} février 1984, c'est-à-dire la date à laquelle l'art. 58, modifié par l'art. 12 de la *Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. 1983, chap. 56, a été proclamé en vigueur, et s'appliquait à l'art. 69 de la *Charte de la langue française* au plus tard le 1^{er} janvier 1986.

c) Liberté d'expression

La «liberté d'expression» garantie par l'al. 2b) de la *Charte* canadienne et par l'art. 3 de la *Charte* québécoise comprend la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix. La langue est si intimement liée à la forme et au contenu de l'expression qu'il ne peut y avoir de véritable liberté d'expression linguistique s'il est interdit de se servir de la langue de son choix. Le langage n'est pas seulement un moyen ou un mode d'expression. Il colore le contenu et le sens de l'expression. C'est pour un peuple un moyen d'exprimer son identité culturelle. C'est aussi le moyen par lequel on exprime son identité personnelle et son individualité. Reconnaître que la «liberté d'expression» englobe la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix ne compromet ni ne contredit les garanties expresses ou précises de droits linguistiques énoncées à l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et aux art. 16 à 23 de la *Charte* canadienne.

L'expression envisagée aux art. 58 et 69 de la *Charte de la langue française* — appelée par souci de commodité «expression commerciale» — est une expression au sens de l'al. 2b) de la *Charte* canadienne et de l'art. 3 de la *Charte* québécoise. L'expression commerciale, comme l'expression politique, est un des modes d'expression qui méritent une protection constitutionnelle parce qu'ils servent à promouvoir certaines valeurs individuelles et collectives dans une société libre et démocratique. Au-delà de sa valeur intrinsèque en tant que mode d'expression, l'expression commerciale, qui protège autant celui qui s'exprime que celui qui l'écoute, joue un rôle considérable en permettant aux individus de faire des choix

self-fulfillment and personal autonomy. This leads to the conclusion that s. 58 infringes the freedom of expression guaranteed by s. 3 of the Quebec *Charter* and s. 69 infringes the guaranteed freedom of expression under both s. 2(b) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter*.

(d) *Reasonable Limits*

The material adduced in this Court did not justify the limit imposed on freedom of expression by ss. 58 and 69 of the *Charter of the French Language*. The material established the importance of the legislative purpose reflected in the *Charter of the French Language* — the enhancement of the status of the French language in Quebec — and that it was a response to a pressing and substantial concern — the survival of the French language. The threat to the French language demonstrated to the government that it should, in particular, take steps to assure that the “*visage linguistique*” of Quebec would reflect the predominance of the French language. While the material indicated a rational connection between protecting the French language and assuring that the reality of Quebec society is communicated through the “*visage linguistique*”, it did not demonstrate that the requirement of the use of French only in ss. 58 and 69 is either necessary for the achievement of the legislative purpose or proportionate to it. Whereas requiring the predominant display of the French language, even its marked predominance, would be proportional to the goal of promoting and maintaining a French “*visage linguistique*” in Quebec and therefore justified under s. 9.1 of the Quebec *Charter* and s. 1 of the Canadian *Charter*, requiring the exclusive use of French has not been so justified. French could be required in addition to any other language or it could be required to have greater visibility than that accorded to other languages. Accordingly, the limit imposed on freedom of expression by s. 58 of the *Charter of the French Language* is not justified under s. 9.1 of the Quebec *Charter*, and the limit imposed on freedom of expression by s. 69 of the *Charter of the French Language* is not justified under either s. 1 of the Canadian *Charter* or s. 9.1 of the Quebec *Charter*. Section 9.1 is a justificatory provision corresponding to s. 1 of the Canadian *Charter* subject, in its application, to a similar test of rational connection and proportionality.

(e) *Discrimination Based on Language*

Under section 10 of the Quebec *Charter*, a “distinction, exclusion or preference” based on one of the grounds listed in s. 10 is discriminatory when it “has the

économiques éclairés, ce qui représente un aspect important de l'épanouissement individuel et de l'autonomie personnelle. Cela mène à la conclusion que l'art. 58 porte atteinte à la liberté d'expression garantie par l'art. 3 de la *Charte* québécoise et que l'art. 69 porte atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte* canadienne et par l'art. 3 de la *Charte* québécoise.

d) *Limites raisonnables*

Les documents produits devant la Cour ne justifient pas la restriction imposée à la liberté d'expression par les art. 58 et 69 de la *Charte de la langue française*. Ces documents établissent que la *Charte de la langue française* vise un objectif législatif important — l'amélioration de la situation de la langue française au Québec — et qu'elle est destinée à répondre à un besoin réel et urgent — la survie de la langue française. La menace pesant sur la langue française a convaincu le gouvernement qu'il devait notamment prendre des mesures pour que le «visage linguistique» du Québec reflète la prédominance du français. Quoique les documents montrent le lien rationnel qui existe entre le fait de protéger la langue française et le fait d'assurer que la réalité de la société québécoise se reflète dans le «visage linguistique», ils ne démontrent pas que l'exigence de l'usage exclusif du français posée par les art. 58 et 69 est nécessaire pour atteindre l'objectif législatif ni qu'elle est proportionnée à cet objectif. Alors qu'exiger que la langue française prédomine, même nettement, dans l'affichage serait proportionnel à l'objectif de promotion et de préservation d'un «visage linguistique» français au Québec, et serait donc justifié en vertu de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise et de l'article premier de la *Charte* canadienne, l'obligation d'employer exclusivement le français n'a pas été justifiée. On pourrait exiger que le français accompagne toute autre langue ou l'on pourrait exiger qu'il soit plus en évidence qu'une autre langue. Par conséquent la restriction imposée à la liberté d'expression par l'art. 58 de la *Charte de la langue française* n'est pas justifiée en vertu de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise, et la restriction imposée à la liberté d'expression par l'art. 69 de la *Charte de la langue française* n'est justifiée ni en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne ni en vertu de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise. L'article 9.1 est une disposition justificative correspondant à l'article premier de la *Charte* canadienne, son application étant également soumise au critère de la proportionnalité et du lien rationnel.

e) *Discrimination fondée sur la langue*

Suivant l'art. 10 de la *Charte* québécoise, une «distinction, exclusion ou préférence» fondée sur l'un des motifs énumérés au même article est discriminatoire lorsqu'elle

effect of nullifying or impairing” the right to full and equal recognition and exercise of a human right or freedom. Although s. 58 of the *Charter of the French Language* applies to everyone, the requirement of the exclusive use of French, regardless of their language of use, has the effect of impinging deferentially on different classes of persons according to their language of use. Francophones are permitted to express themselves in their language of use while anglophones and other non-francophones are prohibited from doing so. Because of its differential effect or impact on persons according to their language of use, s. 58 creates a distinction based on language within the meaning of s. 10. The human right or freedom in issue here is the freedom to express oneself in the language of one’s choice. The distinction based on language of use created by s. 58 has the effect of nullifying the right to full and equal recognition and exercise of this freedom. Section 58 is therefore of no force or effect as infringing s. 10 of the Quebec *Charter*. The same conclusion applies to s. 69 of the *Charter of the French Language*.

Cases Cited

Applied: *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90; **overturned:** *Alliance des professeurs de Montréal v. Procureur général du Québec*, [1985] C.A. 376, rev’g [1985] C.S. 1272; **distinguished:** *23 Inhabitants of Alseberg and Beersel v. Belgium* (1963), 6 Yearbook of the European Convention on Human Rights 332; *Inhabitants of Leeuw-St. Pierre v. Belgium* (1965), 8 Yearbook of the European Convention on Human Rights 338; *X. v. Belgium* (1965), 8 Yearbook of the European Convention on Human Rights 282; *X. v. Ireland* (1970), 13 Yearbook of the European Convention on Human Rights 792; *Case “Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium”* (1968), 11 Yearbook of the European Convention on Human Rights 832; **considered:** *Re Grier and Alberta Optometric Association* (1987), 42 D.L.R. (4th) 327; *Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52 (1942); *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.*, 425 U.S. 748 (1976); *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557 (1980); *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico*, 106 S.Ct. 2968 (1986); **not followed:** *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 16 D.L.R. (4th) 489; **referred to:** *Devine v. Procureur général du Québec*, [1982] C.S. 355, aff’d [1987] R.J.Q. 50, rev’d in part [1988] 2 S.C.R. 790; *Irwin Toy Ltd. v. Procureur général du Québec*, [1986] R.J.Q. 2441; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721;

«a pour effet de détruire ou de compromettre» le droit à la reconnaissance et à l’exercice, en pleine égalité, d’un droit ou d’une liberté de la personne. Quoique l’art. 58 de la *Charte de la langue française* s’applique à tous, l’exigence de l’usage exclusif du français, indépendamment de la langue usuelle, produit des effets différents sur différentes catégories de personnes selon leur langue usuelle. Il est permis aux francophones de se servir de leur langue usuelle, alors que cela est interdit aux anglophones et aux autres non francophones. Du fait qu’il touche et affecte différemment les personnes suivant leur langue usuelle, l’art. 58 crée une distinction fondée sur la langue au sens de l’art. 10. Le droit ou la liberté de la personne en cause est la liberté de s’exprimer dans la langue de son choix. La distinction fondée sur la langue usuelle créée par l’art. 58 a pour effet de détruire le droit à la reconnaissance et à l’exercice, en pleine égalité, de cette liberté. Il s’ensuit que l’art. 58 est inopérant parce qu’il contrevient à l’art. 10 de la *Charte québécoise*. La même conclusion s’impose à l’égard de l’art. 69 de la *Charte de la langue française*.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90; **arrêt écarté:** *Alliance des professeurs de Montréal c. Procureur général du Québec*, [1985] C.A. 376, inf. [1985] C.S. 1272; **distinction d’avec les arrêts:** *Vingt-trois habitants d’Alseberg et de Beersel c. Belgique* (1963), 6 Annuaire de la Convention européenne des droits de l’homme 333; *Habitants de Leeuw-St. Pierre c. Belgique* (1965), 8 Annuaire de la Convention européenne des droits de l’homme 339; *X. c. Belgique* (1965), 8 Annuaire de la Convention européenne des droits de l’homme 283; *X. c. Irlande* (1970), 13 Annuaire de la Convention européenne des droits de l’homme 793; *Affaire «Relative à certains aspects du régime linguistique de l’enseignement en Belgique»* (1968), 11 Annuaire de la Convention européenne des droits de l’homme 833; **arrêts examinés:** *Re Grier and Alberta Optometric Association* (1987), 42 D.L.R. (4th) 327; *Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52 (1942); *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.*, 425 U.S. 748 (1976); *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557 (1980); *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico*, 106 S.Ct. 2968 (1986); **arrêt non suivi:** *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 16 D.L.R. (4th) 489; **arrêts mentionnés:** *Devine c. Procureur général du Québec*, [1982] C.S. 355, conf. [1987] R.J.Q. 50, inf. en partie [1988] 2 R.C.S. 790; *Irwin Toy Ltd. c. Procureur général du Québec*, [1986] R.J.Q. 2441; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271; *Renvoi relatif aux droits*

MacDonald v. City of Montreal, [1986] 1 S.C.R. 460; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66, aff'g [1983] C.A. 77, aff'g [1982] C.S. 673; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the Constitution Act, 1982, S.Q. 1982, c. 21, ss. 1, 2, 5, 6, 7.
Act to amend the Charter of Human Rights and Freedoms, S.Q. 1982, c. 61, ss. 2, 3, 16, 34.
Act to amend the Charter of the French Language, S.Q. 1983, c. 56, ss. 12, 52.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 7 to 15, 16 to 23, 24(1), 33.
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 9.1 [en. 1982, c. 61, s. 2], 10 [am. 1978, c. 7, s. 112; am. 1980, c. 11, s. 34; am. 1982, c. 61, s. 3], f 51, 52 [repl. 1982, c. 61, s. 16].
Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 1, 58 [repl. 1983, c. 56, s. 12], 69, 89, 205 [am. 1986, c. 58, s. 15], 206 [am. 1986, c. 58, s. 16], 207, 208, 209, 214 [en. 1982, c. 21, s. 1].
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 454, 507 [am. 1979, c. 37, s. 24; repl. 1982, c. 32, s. 44].
Constitution Act, 1867, s. 133.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, s. 364 [en. 1982, c. 21, s. 1].
Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 36(f).
Interpretation Act, R.S.Q., c. I-16, s. 13.
Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 67.

Authors Cited

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*. Translated by Katherine Lippel, John Philpot and Bill Schabas. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1984.

linguistiques au Manitoba, [1985] 1 R.C.S. 721; *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, conf. [1983] C.A. 77, conf. [1982] C.S. 673; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 7 à 15, 16 à 23, 24(1), 33.
Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 1, 58 [repl. 1983, chap. 56, art. 12], 69, 89, 205 [mod. 1986, chap. 58, art. 15], 206 [mod. 1986, chap. 58, art. 16], 207, 208, 209, 214 [ad. 1982, chap. 21, art. 1].
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., chap. C-12, art. 3, 9.1 [ad. 1982, chap. 61, art. 2], 10 [mod. 1978, chap. 7, art. 112; mod. 1980, chap. 11, art. 34; mod. 1982, chap. 61, art. 3], 51, 52 [repl. 1982, chap. 61, art. 16].
Code de procédure civile, L.R.Q., chap. C-25, art. 454, 507 [mod. 1979, chap. 37, art. 24; rempl. 1982, chap. 32, art. 44].
Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982, L.Q. 1982, chap. 21, art. 1, 2, 5, 6, 7.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 133.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi d'interprétation, L.R.Q., chap. I-16, art. 13.
Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 36(f).
Loi modifiant la Charte de la langue française, L.Q. 1983, chap. 56, art. 12, 52.
Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne, L.Q. 1982, chap. 61, art. 2, 3, 16, 34.
Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 67.
Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1, art. 364 [ad. 1982, chap. 21, art. 1].

Doctrine citée

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1982.
 Emerson, Thomas I. «Toward a General Theory of the First Amendment» (1963), 72 *Yale L.J.* 877.

- Emerson, Thomas I. "Toward a General Theory of the First Amendment" (1963), 72 *Yale L.J.* 877.
- Fishman, Joshua A. *The Sociology of Language: An Interdisciplinary Social Approach to Language in Society*. Rowley, Mass.: Newbury House Publishers, 1972.
- Jackson, Thomas H. and John Calvin Jeffries. "Commercial Speech: Economic Due Process and the First Amendment" (1979), 65 *Va. L. Rev.* 1.
- Kurland, Philip B. "*Posadas de Puerto Rico v. Tourism Company*:" "Twas Strange; 'Twas Passing Strange; 'Twas Pitiful, 'Twas Wondrous Pitiful,'" [1986] *Sup. Ct. Rev.* 1.
- Langlois, Raynold. "Les clauses limitatives des Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés et le fardeau de la preuve". Dans *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*. Sous la direction de Daniel Turp et de Gérard A. Beaudoin. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1986, pp. 159 à 186.
- Lively, Donald E. "The Supreme Court and Commercial Speech: New Words with an Old Message" (1987), 72 *Minn. L. Rev.* 289.
- Sharpe, Robert J. "Commercial Expression and the Charter" (1987), 37 *U. of T.L.J.* 229.
- "The Supreme Court—Leading Cases" (1986), 100 *Harv. L. Rev.* 100.
- Weinberg, Jonathan. "Constitutional Protection of Commercial Speech" (1982), 82 *Colum. L. Rev.* 720.
- Fishman, Joshua A. *The Sociology of Language: An Interdisciplinary Social Approach to Language in Society*. Rowley, Mass.: Newbury House Publishers, 1972.
- Jackson, Thomas H. and John Calvin Jeffries. "Commercial Speech: Economic Due Process and the First Amendment" (1979), 65 *Va. L. Rev.* 1.
- Kurland, Philip B. "*Posadas de Puerto Rico v. Tourism Company*:" "Twas Strange, 'Twas Passing Strange; 'Twas Pitiful, 'Twas Wondrous Pitiful,'" [1986] *Sup. Ct. Rev.* 1.
- Langlois, Raynold. «Les clauses limitatives des Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés et le fardeau de la preuve». Dans *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*. Sous la direction de Daniel Turp et de Gérard A. Beaudoin. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1986, pp. 159 à 186.
- Lively, Donald E. «The Supreme Court and Commercial Speech: New Words with an Old Message» (1987), 72 *Minn. L. Rev.* 289.
- Sharpe, Robert J. «Commercial Expression and the Charter» (1987), 37 *U. of T.L.J.* 229.
- «The Supreme Court—Leading Cases» (1986), 100 *Harv. L. Rev.* 100.
- Weinberg, Jonathan. «Constitutional Protection of Commercial Speech» (1982), 82 *Colum. L. Rev.* 720.
- APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1987] R.J.Q. 80, 5 Q.A.C. 119, 36 D.L.R. (4th) 374, dismissing appellant's appeal from a judgment of Boudreault J., [1985] C.S. 147, 18 D.L.R. (4th) 711, granting in part respondents' application for a declaration that certain sections of the *Charter of the French Language* are inoperative. Appeal dismissed.
- Yves de Montigny, André Tremblay and Richard Tardif*, for the appellant.
- Harvey Yarosky and Allan R. Hilton*, for the respondents.
- Georges Emery, Q.C.*, and *André Bluteau* and *René LeBlanc*, for the intervener the Attorney General of Canada.
- Lorraine Weinrib*, for the intervener the Attorney General for Ontario.
- Grant S. Garneau*, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1987] R.J.Q. 80, 5 Q.A.C. 119, 36 D.L.R. (4th) 374, qui a rejeté l'appel interjeté par l'appellant contre un jugement du juge Boudreault, [1985] C.S. 147, 18 D.L.R. (4th) 711, qui avait accueilli en partie la demande des intimées visant à faire déclarer inopérants certains articles de la *Charte de la langue française*. Pourvoi rejeté.
- Yves de Montigny, André Tremblay et Richard Tardif*, pour l'appellant.
- Harvey Yarosky et Allan R. Hilton*, pour les intimées.
- Georges Emery, c.r.*, et *André Bluteau* et *René LeBlanc*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.
- Lorraine Weinrib*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.
- Grant S. Garneau*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—The principal issue in this appeal is whether ss. 58 and 69 of the Quebec *Charter of the French Language*, R.S.Q., c. C-11, which require that public signs and posters and commercial advertising shall be in the French language only and that only the French version of a firm name may be used, infringe the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and s. 3 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12. There is also an issue as to whether ss. 58 and 69 of the *Charter of the French Language* infringe the guarantee against discrimination based on language in s. 10 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*. The application of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* turns initially on whether there is a valid and applicable override provision, enacted pursuant to s. 33 of the *Canadian Charter*, that ss. 58 and 69 of the *Charter of the French Language* shall operate notwithstanding s. 2(b) of the *Canadian Charter*.

The appeal is by leave of this Court from the judgment of the Quebec Court of Appeal on December 22, 1986, [1987] R.J.Q. 80, 5 Q.A.C. 119, 36 D.L.R. (4th) 374, dismissing the appeal of the Attorney General of Quebec from the judgment of Boudreault J. in the Superior Court for the District of Montreal on December 28, 1984, [1985] C.S. 147, 18 D.L.R. (4th) 711, which, on an application for a declaratory judgment, declared s. 58 of the *Charter of the French Language* to be inoperative to the extent that it prescribes that public signs and posters and commercial advertising shall be solely in the French language. The appeal is also from the judgment of the Court of Appeal in so far as it allowed the incidental appeal of the respondents from the judgment of Boudreault J. and declared s. 69 of the *Charter of the French Language* to be inoperative to the extent that it prescribes that only the French version of a firm name may be used. In allowing the incidental appeal the Court of Appeal also declared ss. 205 to 208 of the *Charter of the French Language* respecting offences, penalties

Le jugement suivant a été rendu par

LA COUR—La principale question soulevée par le présent pourvoi est de savoir si les art. 58 et 69 de la *Charte de la langue française* du Québec, L.R.Q., chap. C-11, qui exigent que l'affichage public et la publicité commerciale se fassent uniquement en français et que seule soit utilisée la raison sociale en langue française, portent atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et par l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., chap. C-12. La question se pose en outre de savoir si les art. 58 et 69 de la *Charte de la langue française* violent la garantie contre la discrimination fondée sur la langue énoncée à l'art. 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. L'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* dépend d'abord de la validité et de l'applicabilité d'une disposition dérogatoire, adoptée en vertu de l'art. 33 de la *Charte canadienne*, déclarant que les art. 58 et 69 de la *Charte de la langue française* ont effet indépendamment de l'al. 2b) de la *Charte canadienne*.

Le présent pourvoi, formé avec l'autorisation de cette Cour, attaque l'arrêt de la Cour d'appel du Québec en date du 22 décembre 1986, [1987] R.J.Q. 80, 5 Q.A.C. 119, 36 D.L.R. (4th) 374, rejetant l'appel formé par le procureur général du Québec contre le jugement du 28 décembre 1984, [1985] C.S. 147, 18 D.L.R. (4th) 711, par lequel le juge Boudreault de la Cour supérieure du district de Montréal, sur requête en jugement déclaratoire, a déclaré l'art. 58 de la *Charte de la langue française* inopérant dans la mesure où il prescrit que l'affichage public et la publicité commerciale doivent se faire uniquement en langue française. Le présent pourvoi attaque également l'arrêt de la Cour d'appel en ce qu'il a accueilli l'appel incident formé par les intimées contre le jugement du juge Boudreault et a déclaré l'art. 69 de la *Charte de la langue française* inopérant dans la mesure où il prescrit que seule la raison sociale en langue française peut être utilisée. En accueillant l'appel incident, la Cour d'appel a aussi déclaré inopérants, dans la mesure où ils s'appliquent aux art. 58 et 69, les art. 205 à 208 de la

and other sanctions for a contravention of any of its provisions to be inoperative in so far as they apply to ss. 58 and 69.

I

The Respondents' Application for a Declaratory Judgment

On February 15, 1984 the respondents brought a motion for a declaratory judgment pursuant to art. 454 of the Quebec *Code of Civil Procedure* and s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The commercial advertising and signs displayed by the five respondents are described in paragraphs 1 to 5 of their petition as follows:

1. La Chaussure Brown's Inc. ("Brown's") operates a business of retail shoe stores throughout the Province of Quebec, and since at least September 1, 1981, it has used and displayed within and on its premises of its store situated in the Fairview Shopping Centre, 6801 Trans-Canada Highway, Pointe-Claire, commercial advertising containing the following words:

BRAVO	BRAVO
"Brown's quality. Bravo! price."	"La qualité à tout prix"

2. Valerie Ford, carrying on business under the firm name and style of Les Lainages du Petit Mouton Enr. ("Ford"), operates a retail store selling, *inter alia*, wool, and since at least September 1, 1981, she has used and displayed on her premises at 311 St. Johns Boulevard, Pointe-Claire, an exterior sign containing the following words:

"LAINE	WOOL"
--------	-------

3. Nettoyeur et Tailleur Masson Inc. ("Nettoyeur Masson") carries on the business of a tailor and dry cleaner, and since at least September 1, 1981, it has used and displayed on its premises at 3259 Masson Street, Montreal an exterior sign containing the following words:

NETTOYEURS	Masson	CLEANERS
TAILLEUR	inc.	TAILOR
SERVICE		ALTERATIONS
1 HEURE		REPAIRS
HOUR		

4. McKenna Inc. ("McKenna") carries on business as a florist in the City of Montreal and since at least September 1, 1981, it has used and displayed on its premises at 4509 Côte Des Neiges Road, Montreal, an exterior sign containing the following words:

Charte de la langue française relatifs aux infractions ainsi qu'aux peines et aux autres sanctions qu'entraînent les contraventions à ses dispositions.

I

La requête des intimées en jugement déclaratoire

Le 15 février 1984, les intimées ont présenté une requête en jugement déclaratoire, en vertu de l'art. 454 du *Code de procédure civile* du Québec et du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La publicité commerciale et l'affichage faits par les cinq intimées sont décrits aux paragraphes 1 à 5 de leur requête:

[TRADUCTION] 1. La Chaussure Brown's Inc. («Brown's») exploite une entreprise de vente de chaussures au détail partout au Québec et, depuis le 1^{er} septembre 1981 au moins, elle a utilisé et affiché à l'intérieur et à l'extérieur des locaux occupés par son magasin situé au centre commercial Fairview, 6801, route Transcanadienne, Pointe-Claire, une publicité commerciale contenant les mots suivants:

BRAVO	BRAVO
«Brown's quality. Bravo! price.»	«La qualité à tout prix»

2. Valerie Ford, qui fait affaires sous la raison sociale Les Lainages du Petit Mouton Enr. («Ford»), exploite un magasin de vente au détail où elle vend notamment de la laine et, depuis le 1^{er} septembre 1981 au moins, a utilisé et affiché aux locaux situés au 311, bd St. Johns, Pointe-Claire, une enseigne extérieure portant l'inscription suivante:

«LAINE	WOOL»
--------	-------

3. Nettoyeur et Tailleur Masson Inc. («Nettoyeur Masson») exploite un atelier de tailleur et une entreprise de nettoyage à sec et, depuis le 1^{er} septembre 1981 au moins, a utilisé et affiché aux locaux situés au 3259, rue Masson, Montréal, une enseigne extérieure portant l'inscription suivante:

NETTOYEURS	Masson	CLEANERS
TAILLEUR	inc.	TAILOR
SERVICE		ALTERATIONS
1 HEURE		REPAIRS
HOUR		

4. McKenna Inc. («McKenna») exploite un commerce de fleurs dans la ville de Montréal et, depuis le 1^{er} septembre 1981 au moins, a utilisé et affiché aux locaux situés au 4509, chemin Côte des Neiges, Montréal, une enseigne extérieure portant l'inscription suivante:

“Fleurs McKENNA Flowers”

5. La Compagnie de Fromage Nationale Ltée (“Fromage Nationale”) carries on the business of a cheese distributor and since at least September 1, 1981, it has used and displayed on its premises at 9001 Salley Street, Ville LaSalle, exterior signs containing the following words:

“NATIONAL CHEESE
Co Ltd.

La Cie de FROMAGE
NATIONALE Ltée”

The petition further alleges that the respondents La Chaussure Brown’s Inc., Valerie Ford and La Compagnie de Fromage Nationale Ltée received a *mise en demeure* from the Commission de surveillance de la langue française advising them that their signs were not in conformity with the provisions of the *Charter of the French Language* and calling on them to conform to such provisions and that the respondents McKenna Inc. and Nettoyeur et Tailleur Masson Inc. were charged with violation of the *Charter of the French Language*.

The respondents conclude in their petition for a declaration that they have the right, notwithstanding ss. 58, 69 and 205 to 208 of the *Charter of the French Language*, to use the signs, posters and commercial advertising described in their petition and a declaration that ss. 58 and 69 and ss. 205 to 208, as they apply to ss. 58 and 69 of the *Charter of the French Language*, are inoperative and of no force or effect.

II

The Relevant Legislative and Constitutional Provisions

To facilitate an understanding of the issues in the appeal, as they are reflected in the reasons for judgment of the Superior Court and the Court of Appeal and in the constitutional questions and submissions of the parties in this Court, it is desirable at this point to set out the relevant legislative and constitutional provisions.

A. *The Charter of the French Language*

Sections 1, 58, 69, 89, 205, 206, 207 and 208 of the *Charter of the French Language*, R.S.Q., c. C-11, provide:

1. French is the official language of Québec.

«Fleurs McKENNA Flowers»

5. La Compagnie de Fromage Nationale Ltée («Fromage Nationale») exploite une entreprise de distribution de fromages et, depuis le 1^{er} septembre 1981 au moins, a utilisé et affiché aux locaux situés au 9001, rue Salley, Ville de LaSalle, des enseignes extérieures portant l’inscription suivante:

«NATIONAL CHEESE
Co Ltd.

La Cie de FROMAGE
NATIONALE Ltée»

La requête allègue en outre que les intimées La Chaussure Brown’s Inc., Valerie Ford et La Compagnie de Fromage Nationale Ltée ont reçu de la Commission de surveillance de la langue française une mise en demeure les avisant que leurs enseignes contrevenaient à la *Charte de la langue française* et les sommant de s’y conformer, et que des accusations ont été portées, en vertu de la *Charte de la langue française*, contre les intimées McKenna Inc. et Nettoyeur et Tailleur Masson Inc.

Les intimées sollicitent dans leur requête un jugement déclarant qu’elles ont le droit, nonobstant les art. 58, 69 et 205 à 208 de la *Charte de la langue française*, de faire la publicité commerciale et l’affichage public décrits dans la requête et déclarant que les art. 58 et 69 ainsi que 205 à 208, dans la mesure où ces derniers s’appliquent aux art. 58 et 69 de la *Charte de la langue française*, sont inopérants et sans effet.

II

Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Pour faciliter la compréhension des questions soulevées en l’espèce, telles qu’elles se dégagent des motifs des jugements de la Cour supérieure et de la Cour d’appel ainsi que des questions constitutionnelles et des arguments présentés devant cette Cour, il est utile de citer les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes.

A. *La Charte de la langue française*

Les articles 1, 58, 69, 89, 205, 206, 207 et 208 de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., chap. C-11, disent:

1. Le français est la langue officielle du Québec.

58. Public signs and posters and commercial advertising shall be solely in the official language.

Notwithstanding the foregoing, in the cases and under the conditions or circumstances prescribed by regulation of the Office de la langue française, public signs and posters and commercial advertising may be both in French and in another language or solely in another language.

69. Subject to section 68, only the French version of a firm name may be used in Québec.

89. Where this act does not require the use of the official language exclusively, the official language and another language may be used together.

205. Every person who contravenes a provision of this act other than section 136 or of a regulation made under this act by the Gouvernement or by the Office de la langue française is guilty of an offence and liable, in addition to costs,

(a) for each offence, to a fine of \$30 to \$575 in the case of a natural person, and of \$60 to \$1150 in the case of an artificial person.

(b) for any subsequent offence within two years of a first offence, to a fine of \$60 to \$1150 in the case of a natural person, and of \$575 to \$5750 in the case of an artificial person.

206. A business firm guilty of an offence contemplated in section 136 is liable, in addition to costs, to a fine of \$125 to \$2300 for each day during which it carries on its business without a certificate.

207. The Attorney General or the person authorized by him shall institute, by way of summary proceedings, the prosecutions provided for by this act and shall exercise the recourses necessary for its application.

208. Any court of civil jurisdiction, on a motion by the Attorney General, may order the removal or destruction at the expense of the defendant, within eight days of the judgment, of any poster, sign, advertisement, bill-board or illuminated sign not in conformity with this act.

The motion may be directed against the owner of the advertising equipment or against whoever placed the poster, sign, advertisement, bill-board or illuminated sign or had it placed.

58. L'affichage public et la publicité commerciale se font uniquement dans la langue officielle.

Toutefois, dans les cas et suivant les conditions ou les circonstances prévus par règlement de l'Office de la langue française, l'affichage public et la publicité commerciale peuvent être faits à la fois en français et dans une autre langue ou uniquement dans une autre langue.

69. Sous réserve de l'article 68, seule la raison sociale en langue française peut être utilisée au Québec.

89. Dans les cas où la présente loi n'exige pas l'usage exclusif de la langue officielle, on peut continuer à employer à la fois la langue officielle et une autre langue.

205. Quiconque contrevient à une disposition de la présente loi autre que l'article 136 ou des règlements adoptés en vertu de la présente loi par le gouvernement ou par l'Office de la langue française est coupable d'une infraction et passible, en plus du paiement des frais,

a) pour chaque infraction, d'une amende de 30 \$ à 575 \$ dans le cas d'une personne physique et de 60 \$ à 1 150 \$ dans le cas d'une personne morale;

b) pour toute récidive dans les deux ans suivant une infraction, d'une amende de 60 \$ à 1 150 \$ dans le cas d'une personne physique, et de 575 \$ à 5 750 \$ dans le cas d'une personne morale.

206. Une entreprise qui commet une infraction visée à l'article 136 est passible, en plus du paiement des frais, d'une amende de 125 \$ à 2 300 \$ pour chaque jour où elle poursuit ses activités sans certificat.

207. Le procureur général ou la personne qu'il autorise intente, par voie sommaire, les poursuites prévues à la présente loi et exerce les recours nécessaires à son application.

208. Un tribunal de juridiction civile peut, à la requête du procureur général, ordonner que soient enlevés ou détruits, dans un délai de huit jours à compter du jugement, les affiches, les annonces, les panneaux-réclame et les enseignes lumineuses qui contreviennent aux dispositions de la présente loi, et ce, aux frais des intimés.

La requête peut être dirigée contre le propriétaire du matériel publicitaire ou contre quiconque a placé ou fait placer l'affiche, l'annonce, le panneau-réclame ou l'enseigne lumineuse.

B. *The Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*

Sections 3, 9.1 and 10 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, provide:

3. Every person is the possessor of the fundamental freedoms, including freedom of conscience, freedom of religion, freedom of opinion, freedom of expression, freedom of peaceful assembly and freedom of association.

9.1 In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec.

In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law.

10. Every person has a right to full and equal recognition and exercise of his human rights and freedoms, without distinction, exclusion or preference based on race, colour, sex, pregnancy, sexual orientation, civil status, age except as provided by law, religion, political convictions, language, ethnic or national origin, social condition, a handicap or the use of any means to palliate a handicap.

Discrimination exists where such a distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing such right.

Sections 51 and 52 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, provide:

51. The Charter shall not be so interpreted as to extend, limit or amend the scope of a provision of law except to the extent provided in section 52.

52. No provision of any Act, even subsequent to the Charter, may derogate from sections 1 to 38, except so far as provided by those sections, unless such Act expressly states that it applies despite the Charter.

Prior to its amendment by s. 16 of *An Act to amend the Charter of Human Rights and Freedoms*, S.Q. 1982, c. 61, s. 52 of the *Quebec Charter* read as follows:

52. Sections 9 to 38 prevail over any provision of any subsequent act which may be inconsistent therewith unless such act expressly states that it applies despite the Charter.

B. *La Charte des droits et libertés de la personne du Québec*

Les articles 3, 9.1 et 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., chap. C-12, se lisent ainsi:

3. Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association.

9.1 Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

Les articles 51 et 52 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., chap. C-12, se lisent ainsi:

51. La Charte ne doit pas être interprétée de manière à augmenter, restreindre ou modifier la portée d'une disposition de la loi, sauf dans la mesure prévue par l'article 52.

52. Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte.

Avant d'être modifié par l'art. 16 de la *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982, chap. 61, l'art. 52 de la *Charte québécoise* se lisait ainsi:

52. Les articles 9 à 38 prévalent sur toute disposition d'une loi postérieure qui leur serait contraire, à moins que cette loi n'énonce expressément s'appliquer malgré la Charte.

Section 34 of *An Act to amend the Charter of Human Rights and Freedoms* provided for the coming into force of s. 16, which enacted s. 52 in its present form, by proclamation as follows:

34. Section 16 of this Act will come into force on the date fixed by proclamation of the Government, and section 52 of the Charter of human rights and freedoms, enacted by such section 16, will have effect from that date in respect of the precedence of sections 1 to 8 of that Charter over Acts subsequent to that date.

Concerning the precedence of sections 1 to 8 over Acts preceding the date fixed by proclamation contemplated in the first paragraph, and the precedence of sections 9 to 38 over Acts preceding 27 June 1975, section 52 will have effect from the date fixed by another proclamation of the Government or not later than 1 January 1986.

However, concerning the precedence of sections 9 to 38 over Acts subsequent to 27 June 1975, section 52 has effect from that date.

Section 16 was proclaimed in force on October 1, 1983, (1983) 115 *O.G.* II 3437 (No. 42, 5/10/83). The order in council stated the effect on the application of s. 52 of the Quebec *Charter*, as amended, to be as follows in accordance with the provisions of s. 34 of the amending Act:

In keeping with section 34 of that Act, section 16 will come into force by this proclamation on October 1, 1983, and section 52 of the Charter of human rights and freedoms, enacted by such section 16, will have effect from that date in respect of the precedence of sections 1 to 8 of that Charter over Acts subsequent to that date.

Concerning the precedence of sections 1 to 8 over Acts preceding October 1, 1983, and the precedence of sections 9 to 38 over Acts preceding June 27, 1975, section 52 will have effect from the date fixed by another proclamation of the Government or not later than January 1, 1986.

However, concerning the precedence of sections 9 to 38 over Acts subsequent to June 27, 1975, section 52 has effect from that date.

C. *The Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Constitution Act, 1982*

Sections 1 and 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* provide:

Par l'effet de l'art. 34 de la *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, l'art. 16, qui édictait l'art. 52 dans sa version actuelle, devait entrer en vigueur par proclamation. Voici le texte de l'art. 34:

34. L'article 16 de la présente loi entrera en vigueur à la date fixée par proclamation du gouvernement et l'article 52 de la Charte des droits et libertés de la personne, édicté par cet article 16, prendra effet à cette date en ce qui concerne la préséance des articles 1 à 8 de cette charte sur les lois postérieures à cette date.

En ce qui concerne la préséance des articles 1 à 8 sur les lois antérieures à la date fixée par la proclamation visée dans le premier alinéa et la préséance des articles 9 à 38 sur les lois antérieures au 27 juin 1975, l'article 52 aura effet à compter de la date fixée par une autre proclamation du gouvernement ou au plus tard le 1^{er} janvier 1986.

Toutefois, en ce qui concerne la préséance des articles 9 à 38 sur les lois postérieures au 27 juin 1975, l'article 52 a effet depuis cette dernière date.

L'article 16 a été proclamé en vigueur le 1^{er} octobre 1983, (1983) 115 *G.O.* II 4139 (n^o 42, 5/10/83). Le décret, pris conformément à l'art. 34 de la loi modificatrice, en précisait l'effet sur l'application de l'art. 52 modifié de la *Charte québécoise*:

En vertu de l'article 34 de cette loi, l'article 16 entre en vigueur par la présente proclamation, le 1^{er} octobre 1983, et l'article 52 de la Charte des droits et libertés de la personne, édicté par cet article 16, prendra effet à cette date en ce qui concerne la préséance des articles 1 à 8 de cette charte sur les lois postérieures à cette date.

En ce qui concerne la préséance des articles 1 à 8 sur les lois antérieures au 1^{er} octobre 1983 et la préséance des articles 9 à 38 sur les lois antérieures au 27 juin 1975, l'article 52 aura effet à compter de la date fixée par une autre proclamation du gouvernement ou au plus tard le 1^{er} janvier 1986.

Toutefois, en ce qui concerne la préséance des articles 9 à 38 sur les lois postérieures au 27 juin 1975, l'article 52 a effet depuis cette dernière date.

C. *La Charte canadienne des droits et libertés et la Loi constitutionnelle de 1982*

L'article premier et l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* se lisent ainsi:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

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

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

D. *The Provisions of the Canadian Charter and the Quebec Statutes Respecting the Legislative Override of Rights or Freedoms Guaranteed by the Canadian Charter*

Section 33 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provides:

33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.

(2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.

(3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.

(4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).

(5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).

Sections 1, 2, 5, 6 and 7 of *An Act respecting the Constitution Act, 1982*, S.Q. 1982, c. 21, which was assented to on June 23, 1982, provide:

1. Each of the Acts adopted before 17 April 1982 is replaced by the text of each of them as they existed at that date, after being amended by the addition, at the end and as a separate section, of the following:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

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

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

D. *Les dispositions de la Charte canadienne et des lois québécoises concernant la dérogation législative aux droits ou aux libertés garantis par la Charte canadienne*

L'article 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés* se lit ainsi:

33. (1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte.

(2) La loi ou la disposition qui fait l'objet d'une déclaration conforme au présent article et en vigueur a l'effet qu'elle aurait sauf la disposition en cause de la charte.

(3) La déclaration visée au paragraphe (1) cesse d'avoir effet à la date qui y est précisée ou, au plus tard, cinq ans après son entrée en vigueur.

(4) Le Parlement ou une législature peut adopter de nouveau une déclaration visée au paragraphe (1).

(5) Le paragraphe (3) s'applique à toute déclaration adoptée sous le régime du paragraphe (4).

Les articles 1, 2, 5, 6 et 7 de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982, chap. 21, sanctionnée le 23 juin 1982, prévoient:

1. Chacune des lois adoptées avant le 17 avril 1982 est remplacée par le texte de chacune de ces lois telles qu'elles existaient à cette date, après l'avoir modifié par l'addition, à la fin et comme article distinct, de ce qui suit:

“This Act shall operate notwithstanding the provisions of sections 2 and 7 to 15 of the Constitution Act, 1982 (Schedule B of the Canada Act, chapter 11 in the 1982 volume of the Acts of the Parliament of the United Kingdom).”

The text so amended of each of these Acts constitutes a separate Act.

No such Act is to be construed as new law except for the purposes of section 33 of the Constitution Act, 1982; for all other purposes, it has force of law as if it were a consolidation of the Act it replaces.

Every provision of such an Act shall have effect from the date the provision it replaces took effect or is to take effect.

Such an Act must be cited in the same manner as the Act it replaces.

2. Each of the Acts adopted between 17 April 1982 and 23 June 1982 is replaced by the text of each of them as they existed on 23 June 1982, after being amended by the addition, at the end and as a separate section, of the derogatory provision set out in the first paragraph of section 1.

The second, third, fourth and fifth paragraphs of section 1 apply, *mutatis mutandis*, to the Acts referred to in the first paragraph.

5. This Act shall operate notwithstanding the provisions of sections 2 and 7 to 15 of the Constitution Act, 1982.

6. The sanction of this Act is valid for each of the Acts enacted under section 1 or 2.

7. This Act comes into force on the day of its sanction.

However, section 1 and the first paragraph of section 3 have effect from 17 April 1982; section 2 and the second paragraph of section 3 have effect from the date from which each of the Acts replaced under section 2 came into force.

Section 1 of *An Act respecting the Constitution Act, 1982* enacted s. 214 of the *Charter of the French Language*, which provides:

214. This Act shall operate notwithstanding the provisions of sections 2 and 7 to 15 of the Constitution Act, 1982 (Schedule B of the Canada Act, chapter 11 in the 1982 volume of the Acts of the Parliament of the United Kingdom).

Sections 12 and 52 of *An Act to amend the Charter of the French Language*, S.Q. 1983, c. 56, which was assented to on December 22, 1983 and

«La présente loi a effet indépendamment des dispositions des articles 2 et 7 à 15 de la Loi constitutionnelle de 1982 (annexe B de la Loi sur le Canada, chapitre 11 du recueil des lois du Parlement du Royaume-Uni pour l'année 1982).»

Le texte ainsi modifié de chacune de ces lois constitue une loi distincte.

Une telle loi ne fait office de droit nouveau qu'aux fins de l'article 33 de la Loi constitutionnelle de 1982; à toutes autres fins, elle a force de loi comme s'il s'agissait d'une refonte de la loi qu'elle remplace.

Chacune des dispositions d'une telle loi a effet à compter de la date où la disposition qu'elle remplace a pris effet ou doit prendre effet.

Une telle loi doit être citée de la même façon que la loi qu'elle remplace.

2. Chacune des lois adoptées entre le 17 avril 1982 et le 23 juin 1982 est remplacée par le texte de chacune de ces lois telles qu'elles existaient le 23 juin 1982, après l'avoir modifié par l'addition, à la fin et comme article distinct, de la disposition dérogatoire prévue au premier alinéa de l'article 1.

Les deuxième, troisième, quatrième et cinquième alinéas de l'article 1 s'appliquent, compte tenu des adaptations nécessaires, aux lois visées par le premier alinéa.

5. La présente loi a effet indépendamment des dispositions des articles 2 et 7 à 15 de la Loi constitutionnelle de 1982.

6. La sanction de la présente loi vaut pour chacune des lois édictées en vertu de l'article 1 ou 2.

7. La présente loi entre en vigueur le jour de sa sanction.

Toutefois, l'article 1 et le premier alinéa de l'article 3 ont effet depuis le 17 avril 1982; l'article 2 et le deuxième alinéa de l'article 3 ont effet depuis la date à compter de laquelle chacune des lois remplacées en vertu de l'article 2 est entrée en vigueur.

L'article 1 de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982* a ajouté l'art. 214 à la *Charte de la langue française*, dont voici le texte:

214. La présente loi a effet indépendamment des dispositions des articles 2 et 7 à 15 de la Loi constitutionnelle de 1982 (annexe B de la Loi sur le Canada, chapitre 11 du recueil des lois du Parlement du Royaume-Uni pour l'année 1982).

Les articles 12 et 52 de la *Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. 1983, chap. 56, sanctionnée le 22 décembre 1983 et proclamée

proclaimed in force on February 1, 1984, (1984) 116 O.G. II 1087 (No. 8, 15/2/84), provide:

12. Section 58 of the said Charter is replaced by the following section:

“58. Public signs and posters and commercial advertising shall be solely in the official language.

Notwithstanding the foregoing, in the cases and under the conditions or circumstances prescribed by regulation of the Office de la langue française, public signs and posters and commercial advertising may be both in French and in another language or solely in another language.”

52. This Act shall operate notwithstanding the provisions of sections 2 and 7 to 15 of the Constitution Act, 1982 (Schedule B of the Canada Act, chapter 11 in the 1982 volume of the Acts of the Parliament of the United Kingdom).

III

The Judgments of the Superior Court and the Court of Appeal

In the Superior Court, Boudreault J. held that the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* did not apply to ss. 58 and 69 of the *Charter of the French Language* because of the override provision in s. 214 thereof. In assuming s. 214 to be a valid declaration of override in conformity with s. 33 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* Boudreault J. applied the judgment of Deschênes C.J. on this issue in *Alliance des professeurs de Montréal v. Procureur général du Québec*, [1985] C.S. 1272. Boudreault J. further held, for the reasons given by Dugas J. in *Devine v. Procureur général du Québec*, [1982] C.S. 355, that neither s. 58 nor s. 69 of the *Charter of the French Language* infringed the guarantee against discrimination based on language in s. 10 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*. With respect to the application of the guarantee of freedom of expression in s. 3 of the *Quebec Charter*, Boudreault J. held that by operation of s. 52, as amended, of the *Quebec Charter*, s. 3 took precedence over s. 58 of the *Charter of the French Language* from February 1, 1984, but that it did not yet take precedence over s. 69. Applying section 3, he held that freedom of expression included the freedom to express oneself in the language of one's choice and that it extended to commercial

en vigueur le 1^{er} février 1984, (1984) 116 G.O. II 1204 (n° 8, 15/2/84) prévoient:

12. L'article 58 de cette charte est remplacé par le suivant:

«58. L'affichage public et la publicité commerciale se font uniquement dans la langue officielle.

Toutefois, dans les cas et suivant les conditions ou les circonstances prévus par règlement de l'Office de la langue française, l'affichage public et la publicité commerciale peuvent être faits à la fois en français et dans une autre langue ou uniquement dans une autre langue.»

52. La présente loi a effet indépendamment des dispositions des articles 2 et 7 à 15 de la Loi constitutionnelle de 1982 (annexe B de la Loi sur le Canada, chapitre 11 du recueil des lois du Parlement du Royaume-Uni pour l'année 1982).

III

Les jugements de la Cour supérieure et de la Cour d'appel

En Cour supérieure, le juge Boudreault a conclu que la garantie de liberté d'expression énoncée à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne s'appliquait pas aux art. 58 et 69 de la *Charte de la langue française* en raison de la disposition dérogatoire que cette dernière contenait à son art. 214. Pour décider que l'art. 214 constituait une disposition dérogatoire valide adoptée en conformité avec l'art. 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il a appliqué le jugement rendu sur cette question par le juge en chef Deschênes dans l'affaire *Alliance des professeurs de Montréal c. Procureur général du Québec*, [1985] C.S. 1272. Le juge Boudreault a en outre décidé, pour les raisons énoncées par le juge Dugas dans l'affaire *Devine c. Procureur général du Québec*, [1982] C.S. 355, que ni l'art. 58 ni l'art. 69 de la *Charte de la langue française* ne portaient atteinte à la garantie contre la discrimination fondée sur la langue, énoncée à l'art. 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. En ce qui concerne l'application de la garantie de liberté d'expression énoncée à l'art. 3 de la *Charte québécoise*, le juge Boudreault a estimé qu'en vertu de l'art. 52 modifié de cette *Charte*, l'art. 3 avait préséance sur l'art. 58 de la *Charte de la langue française* dès le 1^{er} février 1984 mais qu'à la date du jugement, il n'avait pas préséance sur l'art. 69.

expression. Finally he held that because it prohibited the use of any language other than French rather than merely requiring that French be used with any other language, s. 58 infringed the freedom of expression guaranteed by s. 3 of the Quebec *Charter* and was not saved by s. 9.1 thereof. He declared s. 58 of the *Charter of the French Language* to be inoperative in so far as it prescribes that public signs and posters and commercial advertising shall be solely in French.

The Attorney General of Quebec appealed against this judgment. The respondents entered an incidental appeal against the failure of the Superior Court to declare s. 69 and ss. 205 to 208 of the *Charter of the French Language* inoperative. The Court of Appeal (Montgomery, Paré, Monet, Bisson and Chouinard J.J.A.) unanimously dismissed the appeal and allowed the incidental appeal. The conclusions of the judgment of Bisson J.A. (as he then was), with whom the other members of the Court concurred, may be summarized as follows. Section 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* applied to ss. 58 and 69 of the *Charter of the French Language* because, as was held by the Court of Appeal in *Alliance des professeurs de Montréal v. Procureur général du Québec*, [1985] C.A. 376, reversing the Superior Court, the standard override provision in Quebec legislation, which declared that a statute shall operate notwithstanding the provisions of s. 2 and ss. 7 to 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, was *ultra vires* and null as not being in conformity with s. 33 of the *Canadian Charter*. It was preferable, however, in view of the fact that the judgment of the Court of Appeal in *Alliance des professeurs* was under appeal to this Court to consider first the challenge to ss. 58 and 69 of the *Charter of the French Language* based on ss. 3 and 10 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*. Sections 58 and 69 did not infringe the guarantee against discrimination based on lan-

Applicant l'art. 3, il a conclu que la liberté d'expression comprenait la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix et qu'elle englobait l'expression commerciale. Finalement, il a jugé que, puisque l'art. 58 interdisait l'usage d'une langue autre que le français plutôt que d'exiger simplement que le français soit utilisé avec l'autre langue, il portait atteinte à la liberté d'expression garantie par l'art. 3 de la *Charte* québécoise et n'était pas légitimé par son art. 9.1. Il a donc déclaré l'art. 58 de la *Charte de la langue française* inopérant dans la mesure où cette disposition prescrit que l'affichage public et la publicité commerciale doivent se faire uniquement en français.

Le procureur général du Québec a interjeté appel de ce jugement. Les intimées pour leur part ont formé un appel incident portant sur le fait que la Cour supérieure n'avait pas déclaré inopérants les art. 69 et 205 à 208 de la *Charte de la langue française*. La Cour d'appel (les juges Montgomery, Paré, Monet, Bisson et Chouinard) a unanimement rejeté l'appel et accueilli l'appel incident. Les conclusions du juge Bisson (maintenant Juge en chef), auxquelles se sont ralliés les autres membres de la cour, peuvent se résumer de la manière suivante: l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique aux art. 58 et 69 de la *Charte de la langue française* puisque, selon l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Alliance des professeurs de Montréal c. Procureur général du Québec*, [1985] C.A. 376, qui infirmait la décision de la Cour supérieure, la disposition dérogatoire type utilisée dans la législation québécoise et prévoyant qu'une loi a effet indépendamment des dispositions de l'art. 2 et des art. 7 à 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est *ultra vires* et sans effet parce que non-conforme aux exigences de l'art. 33 de la *Charte canadienne*. Toutefois, étant donné que l'arrêt rendu par la Cour d'appel dans l'affaire *Alliance des professeurs* avait été porté en appel devant cette Cour, il valait mieux étudier d'abord les art. 58 et 69 de la *Charte de la langue française* qui faisaient l'objet d'une contestation fondée sur les art. 3 et 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du

guage in s. 10 of the Quebec Charter for the reasons given in *Devine v. Procureur général du Québec*, [1987] R.J.Q. 50 (C.A.), at pp. 67-69. In so far as the guarantee of freedom in s. 3 of the Quebec Charter was concerned, s. 3 took precedence over s. 58 of the *Charter of the French Language* from January 1, 1986 and not from February 1, 1984, as was held by the trial judge. Freedom of expression included freedom to express oneself in the language of one's choice and extended to commercial expression. The prohibition in s. 58 of the *Charter of the French Language* of the use of any language other than French infringed the freedom of expression guaranteed by s. 3 of the Quebec Charter and was not saved by s. 9.1 thereof. For the same reasons s. 58 infringed the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and was not saved by s. 1 thereof. The same conclusions had to be applied to s. 69 of the *Charter of the French Language* over which s. 3 of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms took precedence from January 1, 1986. In dismissing the appeal, the Court of Appeal declared s. 58 of the *Charter of the French Language*, in so far as it prescribed that public signs and posters and commercial advertising shall be solely in French, to be inoperative from January 1, 1986 by reason of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms and from April 17, 1982 by reason of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In allowing the incidental appeal, the Court declared s. 69 of the *Charter of the French Language*, in so far as it prescribed that only the French version of a firm name may be used, and ss. 205 to 208 of the *Charter of the French Language*, in so far as they applied to ss. 58 and 69 thereof, to be inoperative from January 1, 1986 by reason of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms and from April 17, 1982 by reason of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Québec. Pour les raisons exposées dans l'arrêt *Devine c. Procureur général du Québec*, [1987] R.J.Q. 50 (C.A.), aux pp. 67 à 69, les art. 58 et 69 ne violaient pas la garantie contre la discrimination fondée sur la langue, énoncée à l'art. 10 de la Charte québécoise. Quant à l'art. 3 de la Charte québécoise, il avait préséance sur l'art. 58 de la Charte de la langue française à partir du 1^{er} janvier 1986 et non à partir du 1^{er} février 1984, comme l'avait conclu le premier juge. La liberté d'expression comprenait donc la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix et s'appliquait aussi à l'expression commerciale. L'interdiction, par l'art. 58 de la Charte de la langue française, d'employer une langue autre que le français portait atteinte à la liberté d'expression garantie par l'art. 3 de la Charte québécoise et n'était pas légitimé par l'art. 9.1. Pour les mêmes raisons, l'art. 58 constituait une violation de la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés et ne pouvait être légitimé par l'article premier de cette dernière. Des conclusions identiques s'imposaient à l'égard de l'art. 69 de la Charte de la langue française. L'article 3 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec avait préséance à partir du 1^{er} janvier 1986. La Cour d'appel a rejeté l'appel et a déclaré que l'art. 58 de la Charte de la langue française, dans la mesure où il exigeait que l'affichage public et la publicité commerciale soient faits uniquement en français, était inopérant depuis le 1^{er} janvier 1986 en raison de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec et, à compter du 17 avril 1982, en raison de la Charte canadienne des droits et libertés. En accueillant l'appel incident, la cour a déclaré que l'art. 69 de la Charte de la langue française, dans la mesure où il prescrivait que seule la raison sociale en langue française pouvait être utilisée, et les art. 205 à 208 de la Charte de la langue française, dans la mesure où ils s'appliquaient à ses art. 58 et 69, étaient inopérants, à partir du 1^{er} janvier 1986, en raison de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec et, dès le 17 avril 1982, en raison de la Charte canadienne des droits et libertés.

IV

The Constitutional Questions and the Issues in the Appeal

On the appeal to this Court the following constitutional questions were stated by Lamer J. in his order of May 11, 1987:

1. Are section 214 of the *Charter of the French Language*, R.S.Q. 1977, c. C-11, as enacted by S.Q. 1982, c. 21, s. 1, and s. 52 of *An Act to amend the Charter of the French Language*, S.Q. 1983, c. 56, inconsistent with s. 33(1) of the *Constitution Act, 1982* and therefore inoperative and of no force or effect under s. 52(1) of the latter Act?
2. If the answer to question 1 is affirmative, to the extent that they require the exclusive use of the French language, are ss. 58 and 69, and ss. 205 to 208 to the extent they apply thereto, of the *Charter of the French Language*, R.S.Q. 1977, c. C-11, as amended by S.Q. 1983, c. 56, inconsistent with the guarantee of freedom of expression under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. If the answer to question 2 is affirmative in whole or in part, are ss. 58 and 69, and ss. 205 to 208 to the extent they apply thereto, of the *Charter of the French Language*, R.S.Q. 1977, c. C-11, as amended by S.Q. 1983, c. 56, justified by the application of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

The issues in the appeal, as reflected in the above constitutional questions, the reasons for judgment of the Superior Court and the Court of Appeal and the submissions in this Court, may be summarized as follows:

1. Is section 58 or s. 69 of the *Charter of the French Language* protected from the application of s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by a valid and applicable override provision enacted in conformity with s. 33 of the *Canadian Charter*?
2. What are the dates from which s. 3 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms* took precedence, in case of conflict, over ss. 58 and 69 of the *Charter of the French Language*?

IV

Les questions constitutionnelles et les questions soulevées par le pourvoi

En appel devant cette Cour, les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées par le juge Lamer dans son ordonnance du 11 mai 1987:

1. L'article 214 de la *Charte de la langue française*, L.R.Q. 1977, chap. C-11, tel que mis en vigueur par L.Q. 1982, chap. 21 art. 1, et l'art. 52 de la *Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. 1983, chap. 56, sont-ils incompatibles avec l'art. 33(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et par conséquent inopérants et sans effet en vertu de l'art. 52(1) de cette dernière Loi?
 2. Si la question 1 reçoit une réponse affirmative, dans la mesure où ils exigent l'usage exclusif du français, est-ce que les art. 58 et 69, ainsi que les art. 205 à 208 dans la mesure où ils s'y appliquent, de la *Charte de la langue française*, L.R.Q. 1977, chap. C-11, telle que modifiée par L.Q. 1983, chap. 56, sont incompatibles avec la garantie de liberté d'expression aux termes de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
 3. Si la question 2 reçoit une réponse affirmative en totalité ou en partie, est-ce que les art. 58 et 69, ainsi que les art. 205 à 208 dans la mesure où ils s'y appliquent, de la *Charte de la langue française*, L.R.Q. 1977, chap. C-11, telle que modifiée par L.Q. 1983, chap. 56, sont justifiés par l'application de l'art. 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et par conséquent ne sont pas incompatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?
- Les questions à trancher dans le présent pourvoi, telles qu'elles se dégagent des questions constitutionnelles reproduites ci-dessus, des motifs des jugements de la Cour supérieure et de la Cour d'appel, ainsi que des arguments avancés en cette Cour se résument à ceci:
1. L'article 58 ou l'art. 69 de la *Charte de la langue française* sont-ils soustraits à l'application de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* par une disposition dérogatoire valide et applicable adoptée conformément aux exigences de l'art. 33 de la *Charte canadienne*?
 2. À partir de quelle date l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec avait-il préséance, en cas de conflit, sur les art. 58 et 69 de la *Charte de la langue française*?

3. Does the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the Canadian *Charter* and by s. 3 of the Quebec *Charter* include the freedom to express oneself in the language of one's choice?
4. Does the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter* extend to commercial expression?
5. If the requirement of the exclusive use of French by ss. 58 and 69 of the *Charter of the French Language* infringes the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter*, is the limit on freedom of expression imposed by ss. 58 and 69 justified under s. 1 of the Canadian *Charter* and s. 9.1 of the Quebec *Charter*?
6. Do sections 58 and 69 of the *Charter of the French Language* infringe the guarantee against discrimination based on language in s. 10 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*?

Submissions with respect to the validity and application of the override provisions in issue, as well as the content of freedom of expression and the effect of s. 1 of the Canadian *Charter* and s. 9.1 of the Quebec *Charter*, were also made in the appeals in *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790, and *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, S.C.C., No. 20074, which were heard at the same time as this appeal. They will necessarily be taken into consideration in disposing of the issues in this appeal.

V

Is Section 58 or s. 69 of the *Charter of the French Language* Protected from the Application of s. 2(b) of the Canadian *Charter of Rights and Freedoms* by a Valid and Applicable Override Provision Enacted in Conformity with s. 33 of the Canadian *Charter*?

As indicated in Part II of these reasons, which quotes the relevant legislative and constitutional provisions, and in the first constitutional question,

3. La liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte* canadienne et par l'art. 3 de la *Charte* québécoise comprend-elle la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix?
4. La liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte* canadienne et par l'art. 3 de la *Charte* québécoise s'étend-elle à l'expression commerciale?
5. Si l'exigence de l'usage exclusif du français posée par les art. 58 et 69 de la *Charte de la langue française* porte atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte* canadienne et par l'art. 3 de la *Charte* québécoise, la restriction imposée à la liberté d'expression par les art. 58 et 69 est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne et de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise?
6. Les articles 58 et 69 de la *Charte de la langue française* violent-ils la garantie contre la discrimination fondée sur la langue, énoncée à l'art. 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec?

Des arguments concernant la validité et l'application des dispositions dérogatoires en cause et concernant l'étendue de la liberté d'expression ainsi que l'effet de l'article premier de la *Charte* canadienne et de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise ont également été avancés dans les pourvois *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790, et *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, C.S.C., n° 20074, qui ont été entendus en même temps que le présent pourvoi. On tiendra nécessairement compte de ces arguments pour trancher les questions soulevées en l'espèce.

h

V

L'article 58 ou l'art. 69 de la *Charte de la langue française* sont-ils soustraits à l'application de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* par une disposition dérogatoire valide et applicable adoptée en conformité avec l'art. 33 de la *Charte* canadienne?

Il ressort de la partie II des présents motifs, où sont citées les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes, et de la première question

there are two override provisions in issue: (a) s. 214 of the *Charter of the French Language*, which was enacted by s. 1 of *An Act respecting the Constitution Act, 1982*, S.Q. 1982, c. 21; and (b) s. 52 of *An Act to amend the Charter of the French Language*, S.Q. 1983, c. 56. The two override provisions are in identical terms, reading as follows: "This Act shall operate notwithstanding the provisions of sections 2 and 7 to 15 of the Constitution Act, 1982 (Schedule B of the Canada Act, chapter 11 in the 1982 volume of Acts of Parliament of the United Kingdom)." The issue of validity that is common to both s. 214 and s. 52 is whether a declaration in this form is one that is made in conformity with the override authority conferred by s. 33 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. There are additional issues of validity applicable to s. 214 of the *Charter of the French Language* arising from the manner of its enactment, that is, the "omnibus" character of the Act which enacted it, and from the retrospective effect given to s. 214 by s. 7 of the Act, which has been quoted above.

Section 214 of the *Charter of the French Language* ceased to have effect by operation of s. 33(3) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* five years after it came into force, and it was not re-enacted pursuant to s. 33(4) of the *Charter*. If the retrospective effect to April 17, 1982 given to s. 214 by s. 7 of *An Act respecting the Constitution Act, 1982*, was valid, s. 214 ceased to have effect on April 17, 1987. If not, it ceased to have effect on June 23, 1987, which was five years after the enacting Act came into force on the day of its sanction. In either case the question of the validity of s. 214 is moot, on the assumption, which was the one on which the appeal was argued, that on an application for a declaratory judgment in a case of this kind the Court should declare the law as it exists at the time of its judgment. We were, nevertheless, invited by the parties in this appeal and the appeals that were heard at the same time to rule on the validity of the standard override provision as enacted by *An Act respecting the Constitution Act, 1982*, because of the possible significance of that issue in cases pending before other tribunals. Before considering how the Court should respond

constitutionnelle que deux dispositions dérogatoires sont en cause: a) l'art. 214 de la *Charte de la langue française*, édicté par l'art. 1 de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982, chap. 21; et b) l'art. 52 de la *Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. 1983, chap. 56. Ces deux dispositions dérogatoires sont identiques et se lisent ainsi: «La présente loi a effet indépendamment des dispositions des articles 2 et 7 à 15 de la Loi constitutionnelle de 1982 (annexe B de la Loi sur le Canada, chapitre 11 du recueil des lois du Parlement du Royaume-Uni pour l'année 1982).» La question qui se pose, à l'égard de la validité de l'art. 214 et de l'art. 52, est de savoir si une déclaration de ce genre constitue un exercice légitime du pouvoir de dérogation conféré par l'art. 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pour ce qui est de la validité de l'art. 214 de la *Charte de la langue française* se posent en outre d'autres questions tenant à son mode d'édition, c'est-à-dire le fait qu'il ait été édicté par une loi omnibus, et à l'effet rétroactif que lui donne son art. 7, dont le texte a déjà été reproduit.

L'article 214 de la *Charte de la langue française* a cessé d'avoir effet cinq ans après son entrée en vigueur, suivant le par. 33(3) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et n'a pas été adopté de nouveau en vertu du par. 33(4) de cette *Charte*. Si l'art. 7 de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982* a validement donné à l'art. 214 un effet rétroactif au 17 avril 1982, celui-ci ne s'appliquait plus à compter du 17 avril 1987. Dans l'hypothèse contraire, l'art. 214 a cessé d'avoir effet le 23 juin 1987, soit cinq ans après la date d'entrée en vigueur de la loi dans laquelle il a été édicté, c'est-à-dire le jour où cette loi a été sanctionnée. Dans l'un ou l'autre cas, la question de la validité de l'art. 214 ne présente qu'un intérêt théorique si l'on tient pour acquis, comme il a été fait en l'espèce, qu'un tribunal saisi d'une requête en jugement déclaratoire devrait dire le droit tel qu'il existe au moment de son jugement. Étant donné l'importance que cette question pourrait revêtir dans des instances pendantes devant d'autres tribunaux, les parties au présent pourvoi et aux pourvois connexes, nous ont néanmoins invités à nous prononcer sur la validité de la disposition dérogatoire type édictée par la *Loi concernant la*

to that invitation we propose to consider the other override provision in issue which, as we have said, raises a common question of validity.

Section 52 of *An Act to amend the Charter of the French Language*, which was proclaimed in force on February 1, 1984, will not cease to have effect by operation of s. 33(3) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* until February 1, 1989. It is therefore necessary to consider its validity since the Attorney General of Quebec contends that it protects s. 58 of the *Charter of the French Language* from the application of s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The respondents in this appeal contend that s. 52 is of no force or effect because it is an override declaration that was not made in conformity with s. 33 of the *Canadian Charter*, but the appellant Singer in *Devine* also raised an issue concerning the application of s. 52, contending that it should not be construed as intending to apply to s. 58, as amended, of the *Charter of the French Language*. That contention will be dealt with before turning to the question of the validity of the standard override provision contained in s. 52.

The appellant Singer in *Devine*, supported by the Attorney General of Canada, submitted that s. 52 applies only to the enacting words of *An Act to amend the Charter of the French Language* and not to the provisions of the *Charter of the French Language*, including s. 58, that were amended by it, and that it could not have been intended that s. 52, which came into force before s. 214 ceased to have effect, should extend the protection of some provisions of the *Charter of the French Language*, but not others, from the application of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* beyond the date on which s. 214 would cease to have effect. These contentions are without merit. Section 52 would have no purpose or effect if it applied only to the enacting words of *An Act to amend the Charter of the French Language*, for example, to the opening words of s. 12 thereof, "Section 58 of the said Charter is replaced by the following . . ." and not to s. 58, as amended by s. 12. The words "This Act shall operate . . ." in s. 52 must mean the whole of what is enacted or has

Loi constitutionnelle de 1982. Avant de répondre à cette invitation, la Cour entend examiner l'autre disposition dérogatoire en cause laquelle, répétons-le, soulève la même question de validité.

^a Ce n'est que le 1^{er} février 1989 que, par l'application du par. 33(3) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'art. 52 de la *Loi modifiant la Charte de la langue française*, proclamée en vigueur le 1^{er} février 1984, cessera d'avoir effet. Il nous faut donc étudier sa validité puisque le procureur général du Québec soutient qu'il met l'art. 58 de la *Charte de la langue française* à l'abri de l'application de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Quant aux intimées dans le présent pourvoi, elles font valoir que l'art. 52 est inopérant parce qu'il s'agit d'une déclaration dérogatoire qui n'a pas été faite en conformité avec l'art. 33 de la *Charte canadienne*. L'appelante Singer dans l'affaire *Devine* a également soulevé une question au sujet de l'application de l'art. 52. Elle prétend qu'il n'est pas applicable à l'art. 58 modifié de la *Charte de la langue française*. Nous allons examiner ce moyen avant de passer à la question de la validité de la disposition dérogatoire type énoncée à l'art. 52.

L'appelante Singer dans l'affaire *Devine*, avec l'appui du procureur général du Canada, a soutenu que l'art. 52 ne s'appliquait qu'aux formules d'édiction de la *Loi modifiant la Charte de la langue française* et non aux dispositions de la *Charte de la langue française*, dont l'art. 58, qui ont été modifiées par la première. En outre, elle a allégué que l'art. 52, entré en vigueur avant que l'art. 214 cesse d'avoir effet, ne pouvait avoir pour objet de soustraire certaines dispositions de la *Charte de la langue française*, mais non d'autres, à l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* après la date où l'art. 214 ne s'appliquerait plus. Ces arguments sont sans fondement. L'article 52 serait sans objet et sans effet s'il ne s'appliquait qu'aux formules d'édiction de la *Loi modifiant la Charte de la langue française*, par exemple aux mots liminaires de son art. 12 («L'article 58 de cette charte est remplacé par le suivant . . .»), et non à l'art. 58 tel que modifié par l'art. 12. L'expression «la présente loi a effet . . .», à l'art. 52, vise certainement la totalité de ce qui est

operational effect by the enactment. In so far as the relationship of s. 52 to s. 214 of the *Charter of the French Language* is concerned, s. 52 appears to have been enacted as part of the well-established legislative policy and practice at the time of including the standard override provision in every Quebec statute. It was enacted before the override provision in s. 214 of the *Charter of the French Language* ceased to have effect. It is a separate override provision, unconnected with s. 214. There is no basis for speculation as to whether, at the time of its enactment, the legislature could have intended that s. 52 should continue to have effect with respect to certain provisions of the *Charter of the French Language* after s. 214 ceased to have effect. There was no reason to assume at that time that s. 214 would not be re-enacted pursuant to s. 33(4) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Section 52 of *An Act to amend the Charter of the French Language* therefore purports to apply to s. 58 of the *Charter of the French Language*, as amended, so that if valid, s. 52 must be given its full effect for the five-year period specified in s. 33(3) of the *Canadian Charter*.

Those who challenged the constitutionality of the override provisions in s. 214 of the *Charter of the French Language* and s. 52 of *An Act to amend the Charter of the French Language* placed particular reliance on the judgment of the Quebec Court of Appeal in *Alliance des professeurs de Montréal v. Procureur général du Québec*, *supra*, in which the Court of Appeal held that the standard override provision was *ultra vires* and null as not being in conformity with the authority conferred by s. 33 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As indicated above, the judgment in *Alliance des professeurs* was applied by the Court of Appeal in the case at bar. Leave to appeal to this Court from the judgment of the Court of Appeal in *Alliance des professeurs* was granted on September 30, 1985, but at the time of the hearing of this appeal the Attorney General of Quebec had not yet inscribed in appeal. We were informed by counsel for the Attorney General that it had been decided not to proceed with the appeal, at least for the time being, because of the prece-

édicé ou de ce qui devient opérant par suite de l'édiction. En ce qui concerne le rapport entre l'art. 52 et l'art. 214 de la *Charte de la langue française*, l'art. 52 paraît avoir été adopté dans le cadre d'une politique et d'une pratique législatives bien établies à l'époque qui consistaient à inclure la disposition dérogatoire type dans chaque loi québécoise. L'article 52 a été adopté avant que la disposition dérogatoire de l'art. 214 de la *Charte de la langue française* cesse d'avoir effet. Il s'agit d'une disposition dérogatoire distincte n'ayant aucun lien avec l'art. 214. Rien ne justifie qu'on se livre à des conjectures quant à savoir si, au moment de son adoption, le législateur voulait que l'art. 52 continue à s'appliquer à certaines dispositions de la *Charte de la langue française* lorsque l'art. 214 serait devenu inopérant. Il n'y avait aucune raison de supposer à cette époque que l'art. 214 ne serait pas adopté de nouveau en vertu du par. 33(4) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En conséquence, l'art. 52 de la *Loi modifiant la Charte de la langue française* se veut applicable à l'art. 58 de la *Charte de la langue française* tel que modifié et, s'il est valide, l'art. 52 doit recevoir son plein effet pour la période de cinq ans prévue au par. 33(3) de la *Charte canadienne*.

Ceux qui contestent la constitutionnalité des dispositions dérogatoires de l'art. 214 de la *Charte de la langue française* et de l'art. 52 de la *Loi modifiant la Charte de la langue française* se sont appuyés principalement sur l'arrêt *Alliance des professeurs de Montréal c. Procureur général du Québec*, précité, dans lequel la Cour d'appel du Québec a conclu que la disposition dérogatoire type était *ultra vires* et entachée de nullité parce qu'elle ne constituait pas un exercice légitime du pouvoir conféré par l'art. 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Nous avons vu plus haut que l'arrêt *Alliance des professeurs* a été appliqué par la Cour d'appel en l'espèce. L'autorisation de former un pourvoi devant cette Cour contre l'arrêt *Alliance des professeurs* de la Cour d'appel a été accordée le 30 septembre 1985 mais, au moment où le présent pourvoi a été entendu, le procureur général du Québec n'avait pas encore inscrit son pourvoi pour audition. L'avocat du procureur général nous a informés qu'il avait été décidé de ne pas procéder pour le moment dans

dence given to the hearing of this appeal and the appeals in *Devine* and *Irwin Toy*. Because, however, of the reliance placed by the parties in these three appeals on the reasoning of the Superior Court and the Court of Appeal in *Alliance des professeurs*, the Court cannot avoid consideration of that case in this appeal.

In that case the petitioners, Alliance des professeurs de Montréal, sought declarations that s. 1 and other provisions of *An Act respecting the Constitution Act, 1982*, which purported to add the standard override provision to all provincial legislation enacted up to June 23, 1982, and the standard override provisions enacted in some forty-nine statutes after that date were *ultra vires* and null as not being in conformity with s. 33 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Thus the petitioners put in issue not only the validity of the standard override provision as enacted by the "omnibus" *Act respecting the Constitution Act, 1982*, but also its validity as separately enacted in particular statutes. The reasoning and conclusions of the Superior Court and the Court of Appeal in *Alliance des professeurs* are therefore relevant to the question of the validity of the override provision in s. 52 of *An Act to amend the Charter of the French Language* as well as to the question of the validity of the override provision in s. 214 of the *Charter of the French Language*. Indeed, the issue of the validity of the standard override provision was presented and addressed, as it was for the most part in this appeal and the other two that were heard at the same time, essentially in terms of whether a declaration in the standard form, quite apart from the manner of its enactment, was in conformity with s. 33 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The essential contention in *Alliance des professeurs*, as in the present appeals, against the validity of the standard override provision, which was rejected by the Superior Court but upheld by the Court of Appeal, was that the provision did not sufficiently specify the guaranteed rights or freedoms which the legislation intended to override. In support of this contention reliance was placed not only on the wording of s. 33(1) and (2) of the

cette affaire pour donner la priorité aux pourvois en l'espèce et dans les affaires *Devine* et *Irwin Toy*. Cependant, comme les parties à ces trois pourvois se sont appuyées sur le raisonnement adopté par la Cour supérieure et par la Cour d'appel dans l'affaire *Alliance des professeurs*, force nous est de l'étudier.

Dans cette affaire, la requérante, l'Alliance des professeurs de Montréal, demandait une déclaration que l'art. 1 et d'autres dispositions de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, qui visaient à ajouter la disposition dérogatoire type à toutes les lois provinciales adoptées jusqu'au 23 juin 1982, ainsi que les dispositions dérogatoires types figurant dans quarante-neuf lois adoptées après cette date, étaient *ultra vires* et entachés de nullité parce qu'ils n'étaient pas conformes aux exigences de l'art. 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La requérante mettait donc en doute non seulement la validité de la disposition dérogatoire type adoptée par la loi omnibus qu'était la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, mais aussi la validité de cette même disposition telle qu'elle était adoptée dans des lois distinctes. Le raisonnement et les conclusions de la Cour supérieure et de la Cour d'appel dans l'affaire *Alliance des professeurs* sont donc pertinents quant à la question de la validité tant de la disposition dérogatoire de l'art. 52 de la *Loi modifiant la Charte de la langue française* que de celle de l'art. 214 de la *Charte de la langue française*. Comme dans le présent pourvoi et les deux autres pourvois connexes, la question de la validité de la disposition dérogatoire type a été soulevée et débattue essentiellement en fonction de la question de savoir si, indépendamment de son mode d'édition, une disposition dérogatoire type était conforme à l'art. 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Dans l'affaire *Alliance des professeurs* ainsi que dans le présent pourvoi et dans les pourvois connexes, l'argument essentiel contre la validité de la disposition dérogatoire type, argument qui a été rejeté par la Cour supérieure mais retenu par la Cour d'appel, consistait à dire que cette disposition ne précisait pas suffisamment les droits ou libertés garantis auxquels la loi entend déroger. L'argument s'appuyait non seulement sur le libellé des

Charter but on general considerations concerning the effectiveness of the democratic process. For convenience the standard override provision that is in issue, as well as s. 33(1) and (2) of the *Charter*, are quoted again:

This Act shall operate notwithstanding the provisions of sections 2 and 7 to 15 of the Constitution Act, 1982 (Schedule B of the Canada Act, chapter 11 in the 1982 volume of the Acts of the Parliament of the United Kingdom).

33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.

(2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.

It was contended that the words "a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter" in s. 33(1) and the words "but for the provision of this Charter referred to in the declaration" in s. 33(2) indicate that in order to be valid, a declaration pursuant to s. 33 must specify the particular provision within a section of the *Charter* which Parliament or the legislature of a province intends to override. That is, the specific guaranteed right or freedom to be overridden must be referred to in the words of the *Charter* and not merely by the number of the section or paragraph in which it appears. The rationale underlying this contention is that the nature of the guaranteed right or freedom must be sufficiently drawn to the attention of the members of the legislature and of the public so that the relative seriousness of what is proposed may be perceived and reacted to through the democratic process. As the Attorney General for Ontario, who argued against the constitutionality of the standard override provision, put it, there must be a "political cost" for overriding a guaranteed right or freedom.

The first issue considered in *Alliance des professeurs* was whether a legislature could validly in a single enactment override all the provisions of

par. 33(1) et (2) de la *Charte*, mais aussi sur certaines considérations générales concernant l'efficacité du processus démocratique. Pour faciliter l'analyse, il convient de citer de nouveau la disposition dérogatoire type en cause ainsi que les par. 33(1) et (2) de la *Charte*:

La présente loi a effet indépendamment des dispositions des articles 2 et 7 à 15 de la Loi constitutionnelle de 1982 (annexe B de la Loi sur le Canada, chapitre 11 du recueil des lois du Parlement du Royaume-Uni pour l'année 1982).

33. (1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte.

(2) La loi ou la disposition qui fait l'objet d'une déclaration conforme au présent article et en vigueur a l'effet qu'elle aurait sauf la disposition en cause de la charte.

On a soutenu que le choix de l'expression «une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte», au par. 33(1), et de l'expression «sauf la disposition en cause de la charte» au par. 33(2) indique que, pour être valide, une déclaration faite en vertu de l'art. 33 doit préciser la disposition particulière d'un article de la *Charte* à laquelle le législateur fédéral ou provincial entend déroger. En d'autres termes, il faut que le droit ou la liberté garantis auxquels on entend déroger soient désignés par les mots employés dans la *Charte* et non pas simplement par le numéro de l'article ou du paragraphe qui confère ce droit ou cette liberté. La raison en est qu'il faut appeler suffisamment l'attention des membres de la législature et du public sur la nature du droit ou de la liberté garantis dont il est question afin qu'ils puissent évaluer la gravité relative de ce qui est envisagé et réagir par le processus démocratique. Comme l'a dit le procureur général de l'Ontario, qui conteste la constitutionnalité de la disposition dérogatoire type, il faut qu'il y ait un «prix politique» à payer chaque fois qu'on déroge à un droit ou à une liberté garantis.

La première question abordée dans l'arrêt *Alliance des professeurs* consistait à déterminer si un législateur pouvait dans un seul texte législatif

the *Charter* that, according to s. 33, may be overridden — that is, s. 2 and ss. 7 to 15 inclusive. Deschênes C.J. in the Superior Court answered this question in the affirmative. He reasoned that the words “a provision” in s. 33(1) and the words “the provision” in s. 33(2) were not intended to limit the number of the provisions that could be overridden by a s. 33 declaration, and since more than one provision could be overridden there was no reason in principle why all the provisions in s. 2 and ss. 7 to 15 could not be validly overridden by a single declaration. He further concluded that the reference to these sections by their number was a sufficient indication of the provisions intended to be overridden since it is clear the legislature intends to override all the provisions in those sections. In his view the reference to “a provision” in s. 33(1) was merely to make it clear that a legislature could validly override one only of the rights or freedoms guaranteed in a particular section or paragraph of the *Charter*. In reaching these conclusions Deschênes C.J. affirmed that the conditions of validity under s. 33 were conditions of form only and not of substance. There was no basis for imposing substantive limitations on the exercise of the authority conferred by s. 33, such as limiting the declaration to provisions of the *Charter* that could reasonably be contemplated as being put in issue by the legislation in question.

The Court of Appeal (Kaufman, Mayrand, Jacques and Vallerand J.J.A.) unanimously reversed this judgment, holding the standard override provision to be *ultra vires* or of no force or effect as not being in conformity with s. 33 of the *Charter*. They held that more than one provision in s. 2 or ss. 7 to 15 could be validly overridden in a single enactment, but that it was not sufficient to refer to the number of the section containing the provision to be overridden. It is a clear implication of what was said by the judges in the Court of Appeal on this question, in particular the reasons of Jacques J.A., who delivered the principal opin-

déroger valablement à toutes les dispositions de la *Charte* auxquelles il est possible de déroger aux termes de l'art. 33 — c'est-à-dire, à l'art. 2 et aux art. 7 à 15 inclusivement. En Cour supérieure, le juge en chef Deschênes a répondu par l'affirmative. Selon lui, les mots «une disposition» au par. 33(1) et les mots «la disposition» au par. 33(2) ne visent pas à limiter le nombre de dispositions pouvant faire l'objet d'une dérogation dans une déclaration faite en vertu de l'art. 33 et, comme il est possible de déroger à plus d'une disposition, il n'y a aucune raison de principe qui empêche de déroger valablement à toutes les dispositions de l'art. 2 et des art. 7 à 15 par une déclaration unique. Le juge en chef Deschênes a conclu en outre que le renvoi à ces articles par leur numéro suffit pour indiquer les dispositions auxquelles on entend déroger, puisqu'il est évident que le législateur a l'intention de déroger à toutes les dispositions de ces articles. À son avis, si le par. 33(1) parle d'«une disposition», c'est simplement pour qu'il ne fasse aucun doute qu'un législateur peut valablement déroger à un seul droit ou liberté parmi plusieurs droits ou libertés garantis par un article ou un paragraphe donné de la *Charte*. En tirant ces conclusions, le juge en chef Deschênes a affirmé que les conditions de validité à remplir aux fins de l'art. 33 sont des conditions de pure forme et non pas de fond. En effet, rien ne justifie qu'on impose des restrictions de fond à l'exercice du pouvoir conféré par l'art. 33, en limitant par exemple la portée de la déclaration aux dispositions de la *Charte* pouvant raisonnablement être considérées comme visées par le texte législatif en question.

La Cour d'appel (les juges Kaufman, Mayrand, Jacques et Vallerand) a infirmé à l'unanimité ce jugement et a statué que la disposition dérogatoire type était *ultra vires* ou inopérante parce que non conforme aux exigences de l'art. 33 de la *Charte*. La cour a conclu qu'un seul texte législatif peut valablement déroger à plus d'une disposition de l'art. 2 ou des art. 7 à 15, mais qu'il ne suffit pas de renvoyer au numéro de l'article contenant la disposition devant faire l'objet de la dérogation. Il se dégage nettement des propos qu'ont tenus les juges de la Cour d'appel relativement à cette question, et surtout des motifs du juge Jacques, qui a

ion, that the particular guaranteed rights or freedoms to be overridden must be sufficiently indicated by words and not merely by the numbers of the sections or paragraphs which contain them. Jacques J.A. added a further requirement of form: that the s. 33 declaration must indicate the link or relationship between the Act or legislative provision in question and the guaranteed right or freedom to be overridden. In other words, the legislature must identify the provision that is contemplated as possibly infringing a specified guaranteed right or freedom. In their reasons expressing agreement with the reasons of Jacques J.A., Mayrand and Vallerand J.J.A. did not make explicit reference to the additional requirement of a link or relationship between the overriding Act and the guaranteed right or freedom to be overridden, but they did not express disagreement with it. Like him, they emphasized the importance, from the point of view of the democratic process, of properly informing the citizens of the particular rights or freedoms intended to be overridden.

In the course of argument different views were expressed as to the constitutional perspective from which the meaning and application of s. 33 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* should be approached: the one suggesting that it reflects the continuing importance of legislative supremacy, the other suggesting the seriousness of a legislative decision to override guaranteed rights and freedoms and the importance that such a decision be taken only as a result of a fully informed democratic process. These two perspectives are not, however, particularly relevant or helpful in construing the requirements of s. 33. Section 33 lays down requirements of form only, and there is no warrant for importing into it grounds for substantive review of the legislative policy in exercising the override authority in a particular case. The requirement of an apparent link or relationship between the overriding Act and the guaranteed rights or freedoms to be overridden seems to be a substantive ground of review. It appears to require that the legislature identify the provisions of the Act in question which might otherwise infringe

rédigé l'opinion principale, que les droits ou libertés garantis précis auxquels on veut déroger doivent être adéquatement désignés par des mots et non pas simplement par les numéros des articles ou des paragraphes qui contiennent ces droits ou libertés. À cela, le juge Jacques a ajouté une exigence de forme supplémentaire, savoir que la déclaration faite en vertu de l'art. 33 précise le lien ou le rapport existant entre la loi ou la disposition législative en question et le droit ou la liberté garantis auxquels il sera dérogé. En d'autres termes, le législateur doit indiquer quelle disposition est considérée comme pouvant porter atteinte à un droit ou à une liberté garantis spécifiés. Les juges Mayrand et Vallerand, qui souscrivent à l'opinion du juge Jacques, ne mentionnent pas expressément l'exigence supplémentaire d'un lien ou d'un rapport entre la loi dérogatoire et le droit ou la liberté garantis devant faire l'objet de la dérogation, mais ils n'ont pas exprimé de désaccord sur ce point. Tout comme le juge Jacques, ils ont souligné qu'il importe, dans le contexte du processus démocratique, de bien informer les citoyens des droits ou des libertés précis auxquels on entend déroger.

Au cours des débats, différentes opinions ont été exprimées sur la perspective constitutionnelle à adopter pour étudier la question du sens et de l'application de l'art. 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Selon un point de vue, l'art. 33 traduit l'importance que continue de revêtir la souveraineté des législatures, tandis que l'autre point de vue fait ressortir la gravité de la décision du législateur de déroger à des droits et libertés garantis, décision qu'il est important de ne prendre que dans le cadre d'un processus démocratique éclairé. Ces deux perspectives ne sont pas particulièrement pertinentes ou utiles dans l'interprétation des exigences posées par l'art. 33. L'article 33 établit des exigences de forme seulement et il n'y a aucune raison d'y voir la justification d'un examen au fond de la politique législative qui a donné lieu à l'exercice du pouvoir dérogatoire dans un cas donné. L'exigence d'un lien ou d'un rapport apparent entre la loi dérogatoire et les droits ou libertés garantis auxquels on veut déroger semble ouvrir la voie à un examen au fond car il semble exiger que le législateur précise les dispositions de la loi en

specified guaranteed rights or freedoms. That would seem to require a *prima facie* justification of the decision to exercise the override authority rather than merely a certain formal expression of it. There is, however, no warrant in the terms of s. 33 for such a requirement. A legislature may not be in a position to judge with any degree of certainty what provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* might be successfully invoked against various aspects of the Act in question. For this reason it must be permitted in a particular case to override more than one provision of the *Charter* and indeed all of the provisions which it is permitted to override by the terms of s. 33. The standard override provision in issue in this appeal is, therefore, a valid exercise of the authority conferred by s. 33 in so far as it purports to override all of the provisions in s. 2 and ss. 7 to 15 of the *Charter*. The essential requirement of form laid down by s. 33 is that the override declaration must be an express declaration that an Act or a provision of an Act shall operate notwithstanding a provision included in s. 2 or ss. 7 to 15 of the *Charter*. With great respect for the contrary view, this Court is of the opinion that a s. 33 declaration is sufficiently express if it refers to the number of the section, subsection or paragraph of the *Charter* which contains the provision or provisions to be overridden. Of course, if it is intended to override only a part of the provision or provisions contained in a section, subsection or paragraph then there would have to be a sufficient reference in words to the part to be overridden. In so far as requirements of the democratic process are relevant, this is the form of reference used in legislative drafting with respect to legislative provisions to be amended or repealed. There is no reason why more should be required under s. 33. A reference to the number of the section, subsection or paragraph containing the provisions or provisions to be overridden is a sufficient indication to those concerned of the relative seriousness of what is proposed. It cannot have been intended by the word "expressly" that a legislature should be required to encumber a s. 33 declaration by stating the provision or provisions to be overridden in the words of the *Charter*, which, in the case of the standard override provision in

question qui pourraient par ailleurs porter atteinte à des droits ou à des libertés garantis spécifiés. Ce serait exiger dans ce contexte une justification *prima facie* suffisante de la décision d'exercer le pouvoir dérogatoire et non pas simplement une certaine expression formelle de cette décision. Rien dans les termes de l'art. 33 ne permet d'y voir une telle exigence. Il se peut en fait que le législateur ne soit pas en mesure de déterminer avec certitude quelles dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* pourraient être invoquées avec succès contre divers aspects de la loi en question. C'est pour cette raison qu'il doit être permis, dans un cas donné, de déroger à plus d'une disposition de la *Charte* et même à toutes les dispositions auxquelles l'art. 33 autorise à déroger. En conséquence, la disposition dérogatoire type présentement en cause constitue un exercice valable du pouvoir conféré par l'art. 33 dans la mesure où elle a pour effet de déroger à toutes les dispositions de l'art. 2 et des art. 7 à 15 de la *Charte*. La principale condition de forme, imposée par l'art. 33, est donc que la déclaration dérogatoire dise 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*. Avec égards pour le point de vue contraire, la Cour est d'avis qu'une déclaration faite en vertu de l'art. 33 est suffisamment explicite si elle mentionne le numéro de l'article, du paragraphe ou de l'alinéa de la *Charte* qui contient la disposition ou les dispositions auxquelles on entend déroger. Bien entendu, si l'on entend ne déroger qu'à une partie de la disposition ou des dispositions d'un article, d'un paragraphe ou d'un alinéa, il faut que des mots indiquent clairement ce qui fait l'objet de la dérogation. Pour autant que les exigences tenant au processus démocratique soient pertinentes, telle est la méthode employée dans la rédaction des lois pour renvoyer aux dispositions législatives à modifier ou à abroger. Il n'y a aucune raison d'exiger davantage en vertu de l'art. 33. Un renvoi au numéro de l'article, du paragraphe ou de l'alinéa contenant la disposition ou les dispositions auxquelles il sera dérogé suffit pour informer les intéressés de la gravité relative de ce qui est envisagé. Il n'est pas possible que par l'emploi du mot

issue in the appeal, would be a very long recital indeed.

Therefore, s. 52 of *An Act to amend the Charter of the French Language* is a valid and subsisting exercise of the override authority conferred by s. 33 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* that protects s. 58 of the *Charter of the French Language* from the application of s. 2(b) of the *Canadian Charter*. Section 69 of the *Charter of the French Language* is not so protected since it was not affected by *An Act to amend the Charter of the French Language*. In the result, as indicated in the following Part VI of these reasons, s. 58 is subject to s. 3 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms* while s. 69 is subject to both s. 2(b) of the *Canadian Charter* and s. 3 of the *Quebec Charter*.

Before leaving Part V of these reasons, it remains to be considered whether the Court should exercise its discretion to rule on the other aspects of the validity of the standard override provision as enacted by *An Act respecting the Constitution Act, 1982*: the "omnibus" character of the enactment; and the retrospective effect given to the override provision. These issues affect both s. 214 of the *Charter of the French Language*, which is in issue in this appeal and in the *Devine* appeal and s. 364 of the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, in the *Irwin Toy* appeal. The Court has concluded that although both of these provisions have ceased to have effect it is better that all questions concerning their validity should be settled in these appeals because of their possible continuing importance in other cases. Given the conclusion that the enactment of the standard override provision in the form indicated above is a valid exercise of the authority conferred by s. 33 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, this Court is of the opinion that the validity of its enactment is not affected by the fact that it was introduced into all Quebec statutes enacted prior

«expressément», l'on ait voulu obliger le législateur à alourdir une déclaration faite en vertu de l'art. 33 en y reproduisant textuellement la disposition ou les dispositions de la *Charte* auxquelles il entend déroger, ce qui, dans le cas de la disposition dérogatoire type en cause, l'obligerait à être particulièrement prolixe.

En conséquence, l'art. 52 de la *Loi modifiant la Charte de la langue française*, qui soustrait l'art. 58 de la *Charte de la langue française* à l'application de l'al. 2b) de la *Charte* canadienne, est un exercice valide et effectif du pouvoir de dérogation conféré par l'art. 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'article 69 de la *Charte de la langue française* ne bénéficie pas de cette protection puisqu'il n'est pas touché par la *Loi modifiant la Charte de la langue française*. En définitive, ainsi qu'il est indiqué à la partie VI des présents motifs, l'art. 58 est assujéti à l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, tandis que l'art. 69 est assujéti à la fois à l'al. 2b) de la *Charte* canadienne et à l'art. 3 de la *Charte* québécoise.

Avant de terminer la partie V de ces motifs, il reste à examiner si la Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire et se prononcer sur les autres aspects de la question de la validité de la disposition dérogatoire type adoptée dans la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*. Ces aspects sont, d'une part, le fait qu'il s'agit d'une loi omnibus et, d'autre part, l'effet rétroactif de la disposition dérogatoire. Ces questions touchent tant l'art. 214 de la *Charte de la langue française*, qui est en cause en l'espèce et dans le pourvoi *Devine*, que l'art. 364 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., chap. P-40.1, qui est en cause dans le pourvoi *Irwin Toy*. La Cour conclut que, bien que ces deux dispositions aient cessé d'avoir effet, il convient de trancher dans ces pourvois toutes les questions concernant leur validité, en raison de l'importance qu'elles peuvent revêtir dans d'autres affaires. Étant donné sa conclusion que l'adoption de la disposition dérogatoire type dans la forme susmentionnée constitue un exercice légitime du pouvoir conféré par l'art. 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la Cour est d'avis que la validité de son édicton n'est

to a certain date by a single enactment. That was an effective exercise of legislative authority that did not prevent the override declaration so enacted in each statute from being an express declaration within the meaning of s. 33 of the Canadian *Charter*. Counsel referred to this form of enactment as reflecting an impermissibly "routine" exercise of the override authority or even a "perversion" of it. It was even suggested that it amounted to an attempted amendment of the *Charter*. These are once again essentially submissions concerning permissible legislative policy in the exercise of the override authority rather than what constitutes a sufficiently express declaration of override. As has been stated, there is no warrant in s. 33 for such considerations as a basis of judicial review of a particular exercise of the authority conferred by s. 33. The Court is of a different view, however, concerning the retrospective effect given to the standard override provision by s. 7 of *An Act respecting the Constitution Act, 1982*, which for convenience is quoted again as follows:

7. This Act comes into force on the day of its sanction.

However, section 1 and the first paragraph of section 3 have effect from 17 April 1982; section 2 and the second paragraph of section 3 have effect from the date from which each of the Acts replaced under section 2 came into force.

In providing that s. 1, which re-enacted all of the Quebec statutes adopted before April 17, 1982 with the addition in each of the standard override provision, should have effect from that date, s. 7 purported to give retrospective effect to the override provision. In this regard, the wording of s. 33(1) of the Canadian *Charter* is not without ambiguity. For purposes of clarity, we set out the relevant provision in both languages:

33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this *Charter*.

nullement compromise par le fait que cette disposition a été insérée au moyen d'un seul texte législatif dans toutes les lois québécoises adoptées avant une date donnée. Il s'agissait d'un exercice valable du pouvoir législatif qui n'empêche aucunement la déclaration dérogatoire ainsi introduite dans chaque loi d'être une déclaration expresse au sens de l'art. 33 de la *Charte* canadienne. Les avocats ont dit de cette façon de procéder qu'elle représentait un exercice «machinal» inacceptable du pouvoir de dérogation ou même une «perversion» de ce pouvoir. On a même prétendu qu'il s'agissait d'une tentative de modifier la *Charte*. Là encore, il s'agit essentiellement d'arguments sur l'opportunité de la politique législative dans l'exercice du pouvoir de dérogation plutôt que sur ce qui constitue une déclaration dérogatoire suffisamment expresse. Comme il a été dit, rien à l'art. 33 ne justifie que de telles considérations soient retenues comme fondement de l'examen judiciaire d'un exercice particulier du pouvoir attribué par l'art. 33. La Cour est cependant d'un autre avis en ce qui concerne l'effet rétroactif donné à la disposition dérogatoire type par l'art. 7 de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, qu'il est utile de citer de nouveau:

7. La présente loi entre en vigueur le jour de sa sanction.

Toutefois, l'article 1 et le premier alinéa de l'article 3 ont effet depuis le 17 avril 1982; l'article 2 et le deuxième alinéa de l'article 3 ont effet depuis la date à compter de laquelle chacune des lois remplacées en vertu de l'article 2 est entrée en vigueur.

En prévoyant que l'art. 1, qui adoptait de nouveau toutes les lois québécoises adoptées avant le 17 avril 1982 en y ajoutant la disposition dérogatoire type, s'appliquait à partir de cette date, l'art. 7 visait à donner un effet rétroactif à la disposition dérogatoire. À cet égard, le libellé du par. 33(1) de la *Charte* canadienne n'est pas sans ambiguïté. Il est utile de citer le paragraphe dans ses deux versions:

33. (1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte.

33. (1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte.

In English, the critical phrase is "shall operate notwithstanding". Generally, the word "shall" may have either a prospective or an imperative meaning or both. Similarly, the French "*a effet indépendamment*" is susceptible of a valid interpretation in more than one tense.

Pierre-André Côté in his treatise, *The Interpretation of Legislation in Canada* (1984), has a detailed discussion of the rule against retroactive operation. He notes at p. 96:

The rule against retroactive operation has been affirmed frequently by the courts, though the judicial expressions of the principle often leave something to be desired.

Wright J.'s dictum in *Re Athlumney* frequently cited:

"Perhaps no rule of construction is more firmly established than this — that a retrospective operation is not to be given to a statute so as to impair an existing right or obligation, otherwise than as regards matter of procedure, unless that effect cannot be avoided without doing violence to the language of the enactment. If the enactment is expressed in language which is fairly capable of either interpretation, it ought to be construed as prospective only." [[1898] 2 Q.B. 547, at pp. 551-52]

In *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271, Dickson J. (as he then was) wrote, for the majority (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.

Where, as here, an enabling provision is ambiguous as to whether it allows for retroactive legislation, the same rule of construction applies. In this case, s. 33(1) admits of two interpretations; one that allows Parliament or a legislature to enact retroactive override provisions, the other that permits prospective derogation only. We conclude

33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.

Dans la version anglaise, l'expression-clef est «*shall operate notwithstanding*». En règle générale, «*shall*» exprime le futur ou l'impératif, ou les deux. De même, l'expression française correspondante «*a effet indépendamment*», qui emploie le présent intemporel, peut être validement interprétée comme exprimant plusieurs temps.

Dans son ouvrage *Interprétation des lois* (1982), Pierre-André Côté traite en détail du principe de la non-rétroactivité de la loi. Il fait observer ceci, à la p. 105:

Les affirmations jurisprudentielles du principe de la non-rétroactivité de la loi sont très nombreuses, sinon toujours heureusement formulées, comme on le verra.

Le dictum du juge Wright dans l'arrêt *Re Athlumney* est souvent cité à ce sujet:

«Il se peut qu'aucune règle d'interprétation ne soit plus solidement établie que celle-ci: un effet rétroactif ne doit pas être donné à une loi de manière à altérer un droit ou une obligation existants, sauf en matière de procédure, à moins que ce résultat ne puisse pas être évité sans faire violence au texte. Si la rédaction du texte peut donner lieu à plusieurs interprétations, on doit l'interpréter comme devant prendre effet pour l'avenir seulement.» [[1898] 2 Q.B. 547, aux pp. 551 et 552]

Dans l'arrêt *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271, le juge Dickson (maintenant Juge en chef) écrivait ceci au nom de la majorité (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.

Lorsque, comme en l'espèce, une disposition habilitante est ambiguë sur le point de savoir si elle autorise la rétroactivité de la législation, la même règle d'interprétation s'applique. En l'espèce, le par. 33(1) se prête à deux interprétations possibles; l'une permet au Parlement ou à une assemblée législative d'édicter des dispositions dérogatoires

that the latter and narrower interpretation is the proper one, and that s. 7 cannot give retrospective effect to the override provision. Section 7 of *An Act respecting the Constitution Act, 1982*, is to the extent of this inconsistency with s. 33 of the Canadian *Charter*, of no force or effect, with the result that the standard override provisions enacted by s. 1 of that Act came into force on June 23, 1982 in accordance with the first paragraph of s. 7.

VI

The Dates from Which s. 3 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* Took Precedence, in Case of Conflict, over ss. 58 and 69 of the *Charter of the French Language*

Section 3 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* is applicable to ss. 58 and 69 of the *Charter of the French Language* in this appeal because by operation of s. 52 of the Quebec *Charter*, as amended, s. 3 took precedence over ss. 58 and 69 not later than January 1, 1986. As indicated above, however, there was a difference of opinion in the Superior Court and the Court of Appeal as to the date from which s. 3 took precedence over s. 58, the Superior Court holding that it was from February 1, 1984, the Court of Appeal holding that it was from January 1, 1986. Although the resolution of this question is not strictly necessary for the disposition of the appeal we were invited by counsel to express an opinion on it because of its possible importance in other cases. We propose to do so for reasons similar to those concerning the question of the validity of the standard override provision as enacted by *An Act respecting the Constitution Act, 1982*.

By operation of s. 52 of the Quebec *Charter*, as amended by s. 16 of *An Act to amend the Charter of Human Rights and Freedoms*, S.Q. 1982, c. 61, and of s. 34 of the amending Act, respecting the coming into force of s. 16 by proclamation, all of which are quoted in Part II of these reasons, s. 3 of the Quebec *Charter* took precedence from October 1, 1983, the date the amending Act came into force by proclamation, over "Acts subsequent to

rétroactives, l'autre n'autorise que des dérogations applicables pour l'avenir. Nous concluons que la seconde interprétation, qui est la plus étroite, est l'interprétation exacte et que l'art. 7 ne peut donner un effet rétroactif à une disposition dérogatoire. L'article 7 de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982* est inopérant dans la mesure de cette incompatibilité avec l'art. 33 de la *Charte* canadienne. Les dispositions dérogatoires types adoptées par l'art. 1 de cette loi sont donc entrées en vigueur le 23 juin 1982 conformément à la première phrase de l'art. 7.

VI

Les dates à partir desquelles l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec avait préséance, en cas de conflit, sur les art. 58 et 69 de la *Charte de la langue française*

L'article 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec s'applique aux art. 58 et 69 de la *Charte de la langue française* en l'espèce parce que, par le jeu de l'art. 52 de la *Charte* québécoise, tel que modifié, l'art. 3 avait préséance sur les art. 58 et 69 au plus tard le 1^{er} janvier 1986. Toutefois, comme cela a été déjà signalé, il y a entre la Cour supérieure et la Cour d'appel une divergence d'opinions quant à la date à partir de laquelle l'art. 3 avait préséance sur l'art. 58. La Cour supérieure a conclu que c'était le 1^{er} février 1984 et la Cour d'appel le 1^{er} janvier 1986. Quoiqu'il ne soit pas strictement nécessaire de régler cette question aux fins du présent pourvoi, les avocats nous ont demandé d'exprimer une opinion à son sujet en raison de l'importance qu'elle pourrait revêtir dans d'autres causes. La Cour va le faire pour des raisons semblables à celles exprimées relativement à la question de la validité de la disposition dérogatoire type adoptée par la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*.

Par l'effet de l'art. 52 de la *Charte* québécoise, tel que modifié par l'art. 16 de la *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982, chap. 61, et par l'effet de l'art. 34 de la loi modificatrice, qui prévoit l'entrée en vigueur de l'art. 16 par proclamation, articles qui sont tous reproduits à la partie II des présents motifs, l'art. 3 de la *Charte* québécoise avait, à partir du 1^{er} octobre 1983, date où la loi modificatrice est

that date” and from January 1, 1986 over “Acts preceding” October 1, 1983. The difference of opinion in the Superior Court and the Court of Appeal was as to whether s. 58 of the *Charter of the French Language*, as replaced by s. 12 of *An Act to amend the Charter of the French Language*, S.Q. 1983, c. 56, which was assented to on December 22, 1983 and proclaimed in force on February 1, 1984, was an Act “subsequent to” October 1, 1983 within the meaning of s. 34 of the amending Act or an Act preceding that date. In its original form s. 58 of the *Charter of the French Language* was enacted in 1977 by S.Q. 1977, c. 5 and came into force by operation of s. 209 of the *Charter* on July 3, 1978. It read as follows: “58. Except as may be provided under this act or the regulations of the Office de la langue française, signs and posters and commercial advertising shall be solely in the official language.” As replaced by s. 12 of *An Act to amend the Charter of the French Language*, s. 58 now provides:

58. Public signs and posters and commercial advertising shall be solely in the official language.

Notwithstanding the foregoing, in the cases and under the conditions or circumstances prescribed by regulation of the Office de la langue française, public signs and posters and commercial advertising may be both in French and in another language or solely in another language.

The difference of opinion on this issue turned on whether the word “subsequent” in s. 34 of the amending Act meant subsequent in time or subsequent in the sense of being “new law” as opposed to a mere consolidation. Boudreault J., who held that s. 3 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms* took precedence over s. 58 of the *Charter of the French Language*, as amended, from February 1, 1984 (and this was a necessary conclusion in order for him to be able to apply s. 3 at the time of his judgment), was of the view that “subsequent” meant subsequent in time, that it referred to the chronological order of legislation

entrée en vigueur par proclamation, préséance sur «les lois postérieures à cette date» et, à partir du 1^{er} janvier 1986, sur «les lois antérieures» au 1^{er} octobre 1983. La divergence d'opinions entre la Cour supérieure et la Cour d'appel tient à la question de savoir si l'art. 58 de la *Charte de la langue française*, qui a été remplacé par l'art. 12 de la *Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. 1983, chap. 56, sanctionnée le 22 décembre 1983 et proclamée en vigueur le 1^{er} février 1984, était une loi «postérieure» au 1^{er} octobre 1983 au sens de l'art. 34 de la loi modificatrice, ou une loi antérieure à cette date. Dans sa version d'origine, l'art. 58 de la *Charte de la langue française* avait été édicté en 1977 dans L.Q. 1977, chap. 5, et était entré en vigueur le 3 juillet 1978 en application de l'art. 209 de la *Charte*. L'article 58 se lisait ainsi: «58. Sous réserve des exceptions prévues par la loi ou par les règlements de l'Office de la langue française, l'affichage public et la publicité commerciale se font uniquement dans la langue officielle.» L'article 58 a été remplacé par l'art. 12 de la *Loi modifiant la Charte de la langue française* et dit maintenant:

58. L'affichage public et la publicité commerciale se font uniquement dans la langue officielle.

Toutefois, dans les cas et suivant les conditions ou les circonstances prévus par règlement de l'Office de la langue française, l'affichage public et la publicité commerciale peuvent être faits à la fois en français et dans une autre langue ou uniquement dans une autre langue.

La divergence d'opinions sur ce point tenait à la question de savoir si l'expression «lois postérieures», à l'art. 34 de la loi modificatrice, signifiait postérieure dans le temps ou bien postérieure au sens de «nouvel énoncé du droit» par opposition à une simple refonte. Le juge Boudreault, qui a conclu que l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec avait préséance sur l'art. 58 de la *Charte de la langue française*, tel que modifié, à partir du 1^{er} février 1984 (conclusion qui s'imposait pour qu'il puisse appliquer l'art. 3 au moment de son jugement), a estimé que l'expression «lois postérieures» signifiait postérieure

and not to the nature of its substantive effect on existing law. Bisson J.A. in the Court of Appeal was of the view that s. 58 as replaced by s. 12 of the amending Act was not an enactment subsequent to October 1, 1983 within the meaning of s. 34 of the amending Act because it was not new law but in the nature of a consolidation. He applied the rule of statutory construction embodied in s. 36(f) of the federal *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, and stated as a general rule of construction by Professor Côté in his treatise, *The Interpretation of Legislation in Canada*, op. cit., to the effect that if a statutory provision is replaced by one that is identical in substance the provision which replaces it is equivalent to a consolidation with the result that it is deemed not to be new law and must be interpreted as a declaration of the former law, which is considered, for purposes of construction, to have remained in force. The theory underlying the corresponding s. 13 of the Quebec *Interpretation Act*, R.S.Q., c. I-16, would appear to be somewhat different: everything done under the replaced provision is deemed to have been done and to continue under the "new" provision. This raises a question as to whether the rule of construction stated by Professor Côté, based as it is in part on the federal provision, applies to the construction of Quebec statutes. It is not necessary, however, to express an opinion on this question because as Boudreault J. held in the Superior Court, the word "subsequent" in s. 34 of *An Act to amend the Charter of the French Language* refers to an enactment that is subsequent in time to October 1, 1983, regardless of its effect on existing legislation, with the result that s. 3 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* was applicable to s. 58 of the *Charter of the French Language*, as amended, from February 1, 1984.

res dans le temps, car elle désignait l'ordre chronologique des lois et non pas la nature de leur effet concret sur les lois en vigueur. Le juge Bisson de la Cour d'appel était d'avis que l'art. 58, remplacé par l'art. 12 de la loi modificatrice, n'était pas une loi postérieure au 1^{er} octobre 1983 au sens de l'art. 34 de la loi modificatrice parce qu'il n'était pas de droit nouveau mais présentait les caractères d'une refonte. Il a appliqué la règle d'interprétation des lois que renferme l'al. 36f) de la *Loi d'interprétation* fédérale, S.R.C. 1970, chap. I-23, et que le professeur Côté a énoncée à titre de règle générale d'interprétation dans son traité, *Interprétation des lois*, op. cit. Suivant cette règle, si une disposition législative est remplacée par une autre qui lui est identique, quant au fond, la disposition qui la remplace équivaut à une refonte. Par conséquent, elle n'est pas censée être de droit nouveau et doit s'interpréter comme un énoncé du droit antérieur qui, aux fins de l'interprétation, est considéré comme étant resté en vigueur. La théorie sous-tendant l'art. 13, qui est la disposition correspondante dans la *Loi d'interprétation* du Québec, L.R.Q., chap. I-16, paraît différente. En effet, tous les actes accomplis en vertu de la disposition remplacée sont réputés avoir été accomplis et continuer d'être accomplis en vertu de la disposition nouvelle. Il faut donc déterminer si la règle d'interprétation formulée par le professeur Côté, qui s'inspire en partie de la disposition fédérale, s'applique à l'interprétation des lois québécoises. Il n'est toutefois pas nécessaire de trancher cette question parce que, comme le dit le juge Boudreault de la Cour supérieure, l'expression «lois postérieures» à l'art. 34 de la *Loi modifiant la Charte de la langue française* désigne un texte législatif adopté après le 1^{er} octobre 1983, indépendamment de son effet sur les lois déjà en vigueur à ce moment-là. Il s'ensuit que l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec s'appliquait à l'art. 58 de la *Charte de la langue française*, tel que modifié, dès le 1^{er} février 1984.

VII

Whether the Freedom of Expression Guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and by s. 3 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms* Includes the Freedom to Express Oneself in the Language of One's Choice

In so far as this issue is concerned, the words "freedom of expression" in s. 2(b) of the *Canadian Charter* and s. 3 of the *Quebec Charter* should be given the same meaning. As indicated above, both the Superior Court and the Court of Appeal held that freedom of expression includes the freedom to express oneself in the language of one's choice. After indicating the essential relationship between expression and language by reference to dictionary definitions of both, Boudreault J. in the Superior Court said that in the ordinary or general form of expression there cannot be expression without language. Bisson J.A. in the Court of Appeal said that he agreed with the reasons of Boudreault J. on this issue and expressed his own view in the form of the following question: "Is there a purer form of freedom of expression than the spoken language and written language?" He supported his conclusion by quotation of the following statement of this Court in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, 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."

The conclusion of the Superior Court and the Court of Appeal on this issue is correct. Language is so intimately related to the form and content of expression that there cannot be true freedom of expression by means of language if one is prohibited from using the language of one's choice. Language is not merely a means or medium of expression; it colours the content and meaning of expression. It is, as the preamble of the *Charter of*

VII

La liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et par l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec comprend-elle la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix?

Pour les fins de cette question, il convient de prêter le même sens aux mots «liberté d'expression» employés à l'al. 2b) de la *Charte canadienne* et à l'art. 3 de la *Charte québécoise*. Nous avons déjà signalé que la Cour supérieure et la Cour d'appel ont conclu que la liberté d'expression comprend la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix. Le juge Boudreault de la Cour supérieure fait ressortir le rapport essentiel entre expression et langue en se référant à leurs définitions dans les dictionnaires, et affirme que la langue est nécessaire à l'expression dans sa forme courante ou générale. En Cour d'appel, le juge Bisson souscrit aux motifs du juge Boudreault sur ce point et exprime sa propre opinion en posant la question suivante: «Y a-t-il plus pure forme de liberté d'expression que la langue parlée et la langue écrite?» Pour soutenir sa conclusion, il cite la déclaration suivante faite par cette Cour dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, 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.»

La conclusion de la Cour supérieure et de la Cour d'appel sur cette question est exacte. La langue est si intimement liée à la forme et au contenu de l'expression qu'il ne peut y avoir de véritable liberté d'expression linguistique s'il est interdit de se servir de la langue de son choix. Le langage n'est pas seulement un moyen ou un mode d'expression. Il colore le contenu et le sens de l'expression. Comme le dit le préambule de la

the French Language itself indicates, a means by which a people may express its cultural identity. It is also the means by which the individual expresses his or her personal identity and sense of individuality. That the concept of "expression" in s. 2(b) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter* goes beyond mere content is indicated by the specific protection accorded to "freedom of thought, belief [and] opinion" in s. 2 and to "freedom of conscience" and "freedom of opinion" in s. 3. That suggests that "freedom of expression" is intended to extend to more than the content of expression in its narrow sense.

The Attorney General of Quebec made several submissions against the conclusion reached by the Superior Court and the Court of Appeal on this issue, the most important of which may be summarized as follows: (a) in determining the meaning of freedom of expression the Court should apply the distinction between the message and the medium which must have been known to the framers of the Canadian and Quebec Charters; (b) the express provision for the guarantee of language rights in ss. 16 to 23 of the Canadian *Charter* indicate that it was not intended that a language freedom should result incidentally from the guarantee of freedom of expression in s. 2(b); (c) the recognition of a freedom to express oneself in the language of one's choice under s. 2(b) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter* would undermine the special and limited constitutional position of the specific guarantees of language rights in s. 133 of the *Constitution Act, 1867* and ss. 16 to 23 of the Canadian *Charter* that was emphasized by the Court in *MacDonald v. City of Montreal*, [1986] 1 S.C.R. 460, and *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549; and (d) the recognition that freedom of expression includes the freedom to express oneself in the language of one's choice would be contrary to the views expressed on this issue by the European Commission of Human Rights and the European Court of Human Rights.

Charte de la langue française elle-même, c'est aussi pour un peuple un moyen d'exprimer son identité culturelle. C'est aussi le moyen par lequel un individu exprime son identité personnelle et son individualité. Que le concept d'«expression» utilisé à l'al. 2b) de la *Charte* canadienne et à l'art. 3 de la *Charte* québécoise aille au-delà du simple contenu de l'expression ressort de la protection spécifiquement accordée à la «liberté de pensée, de croyance [et] d'opinion» à l'art. 2 et à la «liberté de conscience» et à la «liberté d'opinion» à l'art. 3. Cela nous permet de penser que la «liberté d'expression» est censée englober plus que le contenu de l'expression au sens étroit.

Le procureur général du Québec a opposé plusieurs moyens à la conclusion tirée par la Cour supérieure et par la Cour d'appel sur cette question dont les plus importants peuvent être ainsi résumés: a) pour déterminer le sens de la liberté d'expression, la Cour devrait faire la distinction entre le message et son véhicule, distinction dont les rédacteurs des chartes canadienne et québécoise devaient avoir connaissance; b) il se dégage de la garantie expresse des droits linguistiques énoncée aux art. 16 à 23 de la *Charte* canadienne qu'on n'a pas voulu qu'une liberté d'ordre linguistique résulte accessoirement de la liberté d'expression garantie par l'al. 2b); c) reconnaître la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix en vertu de l'al. 2b) de la *Charte* canadienne et de l'art. 3 de la *Charte* québécoise compromettrait le statut constitutionnel particulier et limité accordé aux droits linguistiques précis garantis par l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et par les art. 16 à 23 de la *Charte* canadienne, statut sur lequel cette Cour a mis l'accent dans l'arrêt *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460, et dans l'arrêt *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549; et d) admettre que la liberté d'expression comprend la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix irait à l'encontre des opinions données sur cette question par la Commission européenne des droits de l'homme et par la Cour européenne des droits de l'homme.

The distinction between the message and the medium was applied by Dugas J. of the Superior Court in *Devine v. Procureur général du Québec*, *supra*, in holding that freedom of expression does not include freedom to express oneself in the language of one's choice. It has already been indicated why that distinction is inappropriate as applied to language as a means of expression because of the intimate relationship between language and meaning. As one of the authorities on language quoted by the appellant Singer in the *Devine* appeal, J. Fishman, *The Sociology of Language* (1972), at p. 4, puts it: "... language is not merely a means of interpersonal communication and influence. It is not merely a carrier of content, whether latent or manifest. Language itself is content, a reference for loyalties and animosities, an indicator of social statuses and personal relationships, a marker of situations and topics as well as of the societal goals and the large-scale value-laden arenas of interaction that typify every speech community." As has been noted this quality or characteristic of language is acknowledged by the *Charter of the French Language* itself where, in the first paragraph of its preamble, it states: "Whereas the French language, the distinctive language of a people that is in the majority French-speaking, is the instrument by which that people has articulated its identity."

The second and third of the submissions of the Attorney General of Quebec which have been summarized above, with reference to the implications for this issue of the express or specific guarantees of language rights in s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, and ss. 16 to 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are closely related and may be addressed together. These special guarantees of language rights do not, by implication, preclude a construction of freedom of expression that includes the freedom to express oneself in the language of one's choice. A general freedom to express oneself in the language of one's choice and the special guarantees of language rights in certain areas of governmental activity or jurisdiction — the legislature and administration, the courts and education — are quite different things. The latter

Dans la décision *Devine c. Procureur général du Québec*, précité, le juge Dugas de la Cour supérieure s'est fondé sur la distinction entre le message et le véhicule par lequel il est transmis pour conclure que la liberté d'expression n'englobe pas la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix. Il a déjà été expliqué que cette distinction ne peut être appliquée à la langue comme moyen d'expression en raison du rapport intime entre langage et sens. Pour reprendre les propos de l'une des sommités en matière linguistique qu'a cités l'appelante Singer dans le pourvoi *Devine*: [TRA-DUCTION] «... la langue n'est pas uniquement un moyen de communication interpersonnelle et un moyen de rayonnement. Ce n'est pas seulement le véhicule d'un message latent ou manifeste. La langue est elle-même un message, un référent pour les loyautés et les animosités, un indicateur du statut social et des relations interpersonnelles, une manière de délimiter situations et sujets ainsi que les buts visés par la société et les immenses champs d'interrelation, tous chargés de valeurs, qui caractérisent chaque communauté linguistique» (J. Fishman, *The Sociology of Language* (1972), à la p. 4). Comme nous l'avons déjà fait observer, cette caractéristique de la langue est reconnue par la *Charte de la langue française* elle-même dans le premier alinéa de son préambule: «Langue distinctive d'un peuple majoritairement francophone, la langue française permet au peuple québécois d'exprimer son identité.»

Les deuxième et troisième moyens invoqués par le procureur général du Québec et résumés ci-dessus, visent ce qu'impliquent pour la question à l'étude les garanties expresses ou précises de droits linguistiques énoncées à l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et aux art. 16 à 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ces moyens sont étroitement liés et peuvent être traités ensemble. Ces garanties spéciales de droits linguistiques ne font pas obstacle, par implication, à une interprétation de la liberté d'expression qui englobe la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix. La liberté générale de s'exprimer dans la langue de son choix et les garanties spéciales de droits linguistiques dans certains secteurs d'activité ou de compétence gouvernementale — la législature et l'administration, les tribunaux et l'ensei-

have, as this Court has indicated in *MacDonald*, *supra*, and *Société des Acadiens*, *supra*, their own special historical, political and constitutional basis. The central unifying feature of all of the language rights given explicit recognition in the Constitution of Canada is that they pertain to governmental institutions and for the most part they oblige the government to provide for, or at least tolerate, the use of both official languages. In this sense they are more akin to rights, properly understood, than freedoms. They grant entitlement to a specific benefit from the government or in relation to one's dealing with the government. Correspondingly, the government is obliged to provide certain services or benefits in both languages or at least permit use of either language by persons conducting certain affairs with the government. They do not ensure, as does a guaranteed freedom, that within a given broad range of private conduct, an individual will be free to choose his or her own course of activity. The language rights in the Constitution impose obligations on government and governmental institutions that are in the words of Beetz J. in *MacDonald*, a "precise scheme", providing specific opportunities to use English or French, or to receive services in English or French, in concrete, readily ascertainable and limited circumstances. In contrast, what the respondents seek in this case is a freedom as that term was explained by Dickson J. (as he then was) in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 336: "Freedom can primarily be characterized by the absence of coercion or constraint. If a person is compelled by the state or the will of another to a course of action or inaction which he would not otherwise have chosen, he is not acting of his own volition and he cannot be said to be truly free. One of the major purposes of the *Charter* is to protect, within reason, from compulsion or restraint." The respondents seek to be free of the state imposed requirement that their commercial signs and advertising be in French only, and seek the freedom, in the entirely private or non-governmental realm of commercial activity, to display signs and advertising in the language of their choice as well as that of French. Manifestly the respondents are not seeking to use the language of their choice in any form of direct relations with any branch of govern-

nement — sont des choses tout à fait différentes. Comme l'a fait observer cette Cour dans l'arrêt *MacDonald*, précité, et dans l'arrêt *Société des Acadiens*, précité, ces garanties spéciales de droits linguistiques ont un fondement historique, politique et constitutionnel qui leur est propre. Tous les droits linguistiques expressément reconnus dans la Constitution canadienne ont ceci de commun qu'ils s'appliquent aux institutions gouvernementales et que, d'une manière générale, ils obligent le gouvernement à prévoir, ou du moins à tolérer, l'emploi des deux langues officielles. En ce sens, ils apparaissent davantage à des droits proprement dits qu'à des libertés. Ils donnent droit à un avantage précis qui est conféré par le gouvernement ou dont une personne peut jouir dans le cadre de ses rapports avec le gouvernement. Parallèlement, le gouvernement est tenu de fournir certains services ou avantages dans les deux langues officielles ou tout au moins d'autoriser les personnes faisant affaire avec le gouvernement à employer l'une ou l'autre langue. À la différence d'une liberté garantie, les droits en question n'assurent pas à un individu la liberté de choisir sa propre ligne de conduite dans le cadre d'un large champ d'activités privées. Les droits linguistiques garantis par la Constitution imposent au gouvernement et aux institutions gouvernementales des obligations qui, pour reprendre l'expression employée par le juge Beetz dans l'arrêt *MacDonald*, forment un «système précis» qui donne expressément l'option d'employer l'anglais ou le français ou de recevoir des services en anglais ou en français dans certaines circonstances concrètes, facilement déterminables et limitées. En l'espèce, par contre, ce que demandent les intimées est une liberté comme celle dont parle 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. 336: «La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l'État ou par la volonté d'autrui à une conduite que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre. L'un des objectifs importants de la *Charte* est de protéger, dans des limites raisonnables, contre la coercition et la contrainte.» Les intimées désirent se dégager de l'exigence, imposée

ment and are not seeking to oblige government to provide them any services or other benefits in the language of their choice. In this sense the respondents are asserting a freedom, the freedom to express oneself in the language of one's choice in an area of non-governmental activity, as opposed to a language right of the kind guaranteed in the Constitution. The recognition that freedom of expression includes the freedom to express oneself in the language of one's choice does not undermine or run counter to the special guarantees of official language rights in areas of governmental jurisdiction or responsibility. The legal structure, function and obligations of government institutions with respect to the English and French languages are in no way affected by the recognition that freedom of expression includes the freedom to express oneself in the language of one's choice in areas outside of those for which the special guarantees of language have been provided.

The decisions of the European Commission of Human Rights and the European Court of Human Rights on which the Attorney General of Quebec relied are all distinguishable on the same basis, apart from the fact that, as Bisson J.A. observed in the Court of Appeal, they arose in an entirely different constitutional context. They all involved claims to language rights in relations with government that would have imposed some obligation on government. The decisions of the Commission in their chronological order are as follows: *23 Inhabitants of Alseberg and Beersel v. Belgium* (1963), 6 Yearbook of the European Convention on Human Rights 332; *Inhabitants of Leeuw-St. Pierre v. Belgium* (1965), 8 Yearbook of the European Convention on Human Rights 338; *X. v. Belgium* (1965), 8 Yearbook of the European Convention on Human Rights 282; and *X. v. Ire-*

par l'État, de faire leur publicité et leur affichage commerciaux uniquement en français et réclament la liberté, dans le domaine entièrement privé ou non gouvernemental de l'activité commerciale, de faire leur publicité et leur affichage dans la langue de leur choix ainsi qu'en français. À l'évidence, les intimées ne cherchent pas à utiliser la langue de leur choix dans des relations directes, quelles qu'elles soient, avec un organisme gouvernemental et ne cherchent pas non plus à obliger le gouvernement à leur fournir des services ou d'autres avantages dans la langue de leur choix. En cela, les intimées revendiquent une liberté, la liberté de s'exprimer dans la langue de leur choix dans un secteur d'activité non gouvernemental par opposition à un droit linguistique de la nature de ceux garantis par la Constitution. Reconnaître que la liberté d'expression englobe la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix ne compromet ni ne contredit les garanties spéciales relatives aux droits en matière de langues officielles dans des domaines relevant de la compétence ou de la responsabilité du gouvernement. La structure juridique, la fonction et les obligations des institutions gouvernementales en ce qui concerne l'anglais et le français ne sont aucunement touchées par la reconnaissance que la liberté d'expression comprend la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix en dehors des domaines pour lesquels les garanties linguistiques spéciales ont été prévues.

Indépendamment du fait que, comme l'observait le juge Bisson en Cour d'appel, elles s'inscrivent dans un contexte constitutionnel tout à fait différent, on peut faire la même distinction avec les décisions de la Commission européenne des droits de l'homme et de la Cour européenne des droits de l'homme qu'a invoquées le procureur général du Québec. En effet, il s'agissait dans toutes ces affaires de droits linguistiques qui étaient revendiqués dans le cadre de relations avec un gouvernement et qui auraient imposé une obligation au gouvernement en question. Voici dans l'ordre chronologique les décisions de la Commission: *Vingt-trois habitants d'Alseberg et de Beersel c. Belgique* (1963), 6 Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 333; *Habitants de Leeuw-St. Pierre c. Belgique* (1965), 8 Annuaire de la Convention européenne des droits de

land (1970), 13 Yearbook of the European Convention on Human Rights 792. The decision of the Court is the *Case "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium"* (1968), 11 Yearbook of the European Convention on Human Rights 832, which arose out of the decision of the Commission in *Alseberg* and related applications. In *Alseberg* and the case decided by the Court arising out of it, the claim was to the right to public education in a particular language. In *Inhabitants of Leeuw-St. Pierre, X. v. Belgium* and *X. v. Ireland*, the language right claimed was the right to receive certain administrative documents in a particular language. In the four cases decided by the Commission the applicants invoked Articles 9 and 10 of the European Convention on Human Rights in support of their claims. In the case decided by the Court, Articles 9 and 10 were not in issue because the applications had been ruled by the Commission as inadmissible in respect of those provisions. Article 9 provides for "the right to freedom of thought, conscience and religion" and Article 10 provides for "the right to freedom of expression". Reference was also made in the decisions to Articles 5(2), 6(3)(a) and (e) of the Convention. Article 5(2) provides that everyone who is arrested shall be informed promptly "in a language which he understands" of the reasons for his arrest and of any charge against him. Article 6(3)(a) provides that everyone charged with a criminal offence has the right to be informed promptly "in a language which he understands" and in detail of the nature and cause of the accusation against him. Article 6(3)(e) provides that everyone charged with a criminal offence has the right "to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court". What the Commission decided in effect in these cases, and what the Court impliedly agreed with is that language rights of the kind claimed, involving an obligation on the part of government, could not be based on the freedom of thought and freedom of expression provided for in Articles 9 and 10 but had to be specially provided for, as are the language rights of this character in Articles 5(2), 6(3)(a) and (e). This distinction is clearly put in *Inhabitants of*

l'homme 339; *X. c. Belgique* (1965), 8 Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 283; *X. c. Irlande* (1970), 13 Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 793. La décision de la Cour européenne des droits de l'homme est l'*Affaire «Relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique»* (1968), 11 Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 833; cette affaire tirait son origine de la décision rendue par la Commission dans l'affaire *Alseberg* et relativement à des requêtes connexes. Dans l'affaire *Alseberg*, ainsi que dans la cause qui en a résulté devant la Cour européenne des droits de l'homme, le droit linguistique revendiqué était le droit à l'enseignement public dans une langue particulière. Dans les affaires *Habitants de Leeuw-St. Pierre, X. c. Belgique* et *X. c. Irlande*, le droit linguistique revendiqué était celui de recevoir certains documents administratifs dans une langue particulière. Dans les quatre affaires sur lesquelles a statué la Commission, les requérants invoquaient à l'appui de leurs réclamations les articles 9 et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire décidée par la Cour européenne des droits de l'homme, les articles 9 et 10 ne se trouvaient pas en cause puisque la Commission avait jugé les requêtes irrecevables en ce qui les concernait. L'article 9 prévoit un «droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion» et l'article 10 un «droit à la liberté d'expression». Les décisions renvoient en outre aux articles 5(2), 6(3)a) et e) de la Convention. L'article 5(2) dispose que toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et «dans une langue qu'elle comprend», des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle. Aux termes de l'article 6(3)a), tout accusé a le droit d'être informé, dans le plus court délai, «dans une langue qu'il comprend» et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui. Quant à l'article 6(3)e), il dit que tout accusé a le droit de se «faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience». Ce que la Commission a en fait décidé dans ces affaires, et ce que la Cour européenne des droits de l'homme a implicitement accepté, est que des droits linguistiques du

Leeuw-St. Pierre, where the Commission applied the reasoning in the following quotation from one of its earlier decisions involving a claim to have “administrative formalities” completed in a particular language (at p. 348):

These considerations are obviously applicable without restriction to the applicants’ grievances regarding the use of languages in administration. It is clear that one has to distort the usual meaning of the passages [Articles 9 and 10 of the Convention] if one is to transform the right to express one’s thought freely in the language of one’s choice into a right to complete, and insist on the completion of, all administrative formalities in that language.

The applicants’ argument would only be acceptable in so far as it could be based on texts similar to Articles 5(2) and 6(3)(a) and (e) of the Convention. To admit that it might have some foundation in Articles 9 and 10 would be tantamount to attributing to those two Articles such a wide scope that the specific guarantees given in Articles 5 and 6 would have to be considered superfluous.

This reasoning, assuming it to have some persuasive authority, is entirely consistent with the distinction drawn and the conclusion reached above that the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter* includes the freedom to express oneself in the language of one’s choice.

VIII

Whether the Guarantee of Freedom of Expression Extends to Commercial Expression

In argument there arose a question whether the above issue is an issue in this appeal. The Attorney General of Quebec contended that if the guarantee of freedom of expression included the freedom to express oneself in the language of one’s choice the respondents must still show that the guarantee

type revendiqué, qui comportaient une obligation de la part du gouvernement, ne pouvaient être fondés sur la liberté de pensée et la liberté d’expression énoncées aux articles 9 et 10 mais devaient être spécialement prévus, comme l’étaient les droits linguistiques de cette nature garantis par les articles 5(2), 6(3)a) et e). Cette distinction est clairement exprimée dans la décision *Habitants de Leeuw-St. Pierre*, où la Commission a appliqué le raisonnement suivant de l’une de ses décisions antérieures sur une demande que certaines «formalités administratives» se fassent dans une langue particulière, à la p. 349:

Ces considérations sont manifestement, et sans restriction aucune, applicables aux griefs formulés par les requérants concernant l’emploi des langues en matière administrative. Il est clair que ce n’est pas sans détourner les textes de leur sens normal [les articles 9 et 10 de la Convention] que l’on peut transformer le droit d’exprimer librement sa pensée dans la langue de son choix en un droit d’accomplir et de voir accomplir toutes les formalités administratives dans la langue de son choix.

La thèse des requérants ne serait acceptable que dans la mesure où elle pourrait se fonder sur des textes analogues aux articles 5§2 et 6§3a) et e) de la Convention. Admettre que cette thèse puisse se fonder sur les articles 9 et 10 de la Convention reviendrait à donner à ces deux articles une portée d’une étendue telle que les garanties précises prévues aux articles 5 et 6 devraient être considérées comme inutiles.

Ce raisonnement, qui possède une certaine force convaincante même s’il ne nous lie pas, est parfaitement compatible avec la distinction déjà faite et avec la conclusion tirée ci-dessus, savoir que la liberté d’expression garantie par l’al. 2b) de la *Charte* canadienne et par l’art. 3 de la *Charte* québécoise comprend la liberté de s’exprimer dans la langue de son choix.

VIII

La garantie de liberté d’expression s’étend-elle à l’expression commerciale?

Au cours des débats on s’est demandé si la question formulée ci-dessus était en litige dans ce pourvoi. D’après le procureur général du Québec, si la garantie de liberté d’expression comprend la liberté de s’exprimer dans la langue de son choix, les intimées doivent encore démontrer que la

extends to commercial expression. The respondents disputed this on the ground that the challenged provisions are directed to the language used and not to regulation of the substantive content of the expression. At the same time they made alternative submissions that the guarantee extended to commercial expression. The Attorney General of Quebec is correct on this issue: there cannot be a guaranteed freedom to express oneself in the language of one's choice in respect of a form or kind of expression that is not covered by the guarantee of freedom of expression. The question whether the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter* extends to the kind of expression contemplated by ss. 58 and 69 of the *Charter of the French Language*, which for convenience is referred to as commercial expression, is therefore an issue in this appeal. The submissions that were made on the question of commercial expression in the *Devine* and *Irwin Toy* appeals will be considered in determining that issue in this appeal.

It was not disputed that the public signs and posters, the commercial advertising, and the firm name referred to in ss. 58 and 69 of the *Charter of the French Language* are forms of expression, and it was also assumed or accepted in argument that the expression contemplated by these provisions may be conveniently characterized or referred to as commercial expression. Sections 58 and 69 appear in Chapter VII of the *Charter of the French Language*, entitled "The Language of Commerce and Business". It must be kept in mind, however, that while the words "commercial expression" are a convenient reference to the kind of expression contemplated by the provisions in issue, they do not have any particular meaning or significance in Canadian constitutional law, unlike the corresponding expression "commercial speech", which in the United States has been recognized as a particular category of speech entitled to First Amendment protection of a more limited character than that enjoyed by other kinds of speech. The issue in the appeal is not whether the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter* should be construed as extending to particular categories of expression, giving rise to dif-

garantie s'étend à l'expression commerciale. Les intimées ont contesté cet argument, soutenant que les dispositions attaquées concernent la langue utilisée et ne réglementent pas ce qui est exprimé.

^a Elles ont néanmoins présenté des arguments subsidiaires pour démontrer que la garantie s'applique également à l'expression commerciale. Sur cette question, le procureur général du Québec a raison: il ne peut y avoir de liberté garantie de s'exprimer dans la langue de son choix pour une forme ou un type d'expression qui n'est pas protégé par la garantie de liberté d'expression. Il nous faut donc déterminer, en l'espèce, si la garantie de liberté d'expression à l'al. 2b) de la *Charte* canadienne et à l'art. 3 de la *Charte* québécoise s'étend au type d'expression envisagé aux art. 58 et 69 de la *Charte de la langue française*, appelée par souci de commodité «expression commerciale». Les moyens soulevés dans les pourvois *Devine* et *Irwin Toy* sur la question de l'expression commerciale seront examinés dans le cadre de notre étude de cette même question en l'espèce.

^e Personne n'a contesté que l'affichage public, la publicité commerciale et les raisons sociales mentionnés aux art. 58 et 69 de la *Charte de la langue française* constituaient des modes d'expression. Il a également été tenu pour acquis ou accepté à l'audience que le type d'expression envisagé par ces dispositions pouvaient être qualifié d'expression commerciale. Les articles 58 et 69 se trouvent au chapitre VII de la *Charte de la langue française*, qui s'intitule «La langue du commerce et des affaires». N'oublions cependant pas que, si les mots «expression commerciale» représentent une façon pratique de désigner le type d'expression dont il s'agit dans les dispositions en cause, ils n'ont aucune signification ni aucun sens particuliers en droit constitutionnel canadien. En cela ils diffèrent de son équivalent «discours commercial» («*commercial speech*»), qui a été reconnu aux États-Unis comme une catégorie particulière de discours bénéficiant, en vertu du premier amendement, d'une protection plus restreinte que celle accordée à d'autres types de discours. La question qui se pose en l'espèce n'est pas de savoir si la garantie de liberté d'expression à l'al. 2b) de la *Charte* canadienne et à l'art. 3 de la *Charte* québécoise doit être interprétée comme englobant des catégories

ficult definitional problems, but whether there is any reason why the guarantee should not extend to a particular kind of expression, in this case the expression contemplated by ss. 58 and 69 of the *Charter of the French Language*. Because, however, the American experience with the First Amendment protection of "commercial speech" was invoked in argument, as it has been in other cases, both for and against the recognition in Canada that the guarantee of freedom of expression extends to the kinds of expression that may be described as commercial expression, it is convenient to make brief reference to it at this point.

In *Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52 (1942), the Supreme Court of the United States declined to afford First Amendment protection to speech which did no more than propose a commercial transaction. Some thirty-four years later, in *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.*, 425 U.S. 748 (1976), the Supreme Court affirmed a repudiation of the notion that commercial speech constituted an unprotected exception to the First Amendment guarantee. *Virginia Pharmacy* concerned a Virginia statute which prohibited pharmacists from advertising prices for prescription drugs. The statute was challenged by customers who asserted a First Amendment right to receive drug price information that the pharmacist wished to communicate. The speech at issue was purely commercial in that it simply proposed a commercial transaction. By holding that price advertising was not outside the First Amendment, the Court rejected the central premise of the commercial speech doctrine — that is, that business advertising which merely solicits a commercial transaction is susceptible to government regulation on the same terms as any other aspect of the market place. The reasons of Blackmun J., writing for the Court, focus on the informative function of the speech from the point of view of the listener whose interest, it was said, "may be as keen, if not keener by far, than his interest in the day's most urgent political debate" (p. 763). The rationale stated by the Court for a First Amendment protection of commercial speech was the interest of the individual consumer and the

particulières d'expression, ce qui donnerait lieu à d'épineux problèmes de définitions, mais plutôt de savoir s'il existe une raison pour laquelle la garantie ne devrait pas s'étendre à un type particulier d'expression, en l'occurrence celle envisagée par les art. 58 et 69 de la *Charte de la langue française*. Toutefois, comme l'expérience américaine dans le domaine de la protection du «discours commercial» en vertu du premier amendement a été invoquée en l'espèce et dans d'autres affaires, tant pour défendre que pour contester la thèse selon laquelle il convient de reconnaître au Canada que la garantie de liberté d'expression s'étend au type d'expression que l'on appelle l'expression commerciale, il est utile d'en traiter brièvement ici.

Dans l'affaire *Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52 (1942), la Cour suprême des États-Unis a refusé de faire bénéficier de la protection du premier amendement tout discours qui ne faisait rien d'autre que proposer une opération commerciale. Trente-quatre ans plus tard, dans l'arrêt *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.*, 425 U.S. 748 (1976), la Cour suprême a confirmé une décision rejetant l'idée que le discours commercial constituait une exception non protégée à la garantie accordée par le premier amendement. L'affaire *Virginia Pharmacy* portait sur une loi de Virginie qui interdisait aux pharmaciens de faire de la publicité sur les prix des médicaments délivrés sur ordonnance. La loi a été contestée par des clients qui faisaient valoir, en vertu du premier amendement, un droit de recevoir les renseignements que le pharmacien désirait leur communiquer sur les prix des médicaments. Il s'agissait d'un discours purement commercial puisqu'il se limitait à proposer une opération commerciale. En concluant que la publicité concernant les prix n'échappait pas à l'application du premier amendement, la Cour a écarté la prémisse fondamentale de la doctrine du discours commercial selon laquelle la publicité commerciale qui se limite à inviter une opération commerciale peut être réglementée par le gouvernement comme tout autre aspect des activités commerciales. Le juge Blackmun, qui a rédigé le jugement de la Cour, a centré ses motifs sur la fonction informative que remplit le discours du point de vue de l'auditeur qui s'y intéresse, dit-il, [TRADUCTION]

society generally in the free flow of commercial information as indispensable to informed economic choice. The reasons are careful to note, however, that although commercial speech is protected it is entitled to a lesser degree of protection than that afforded to other forms of speech. The Court rejected the argument that the public could be kept in ignorance to prevent lawful conduct that the government deems harmful, stating that “people will perceive their own best interests if only they are well enough informed, and that the best means to that end is to open the channels of communication rather than to close them” (p. 770). The implication of the decision in *Virginia Pharmacy* was that the State may not completely suppress truthful and non-misleading advertising of lawful products on the ground that the information to be conveyed would have a harmful effect.

By 1980, when the Court decided *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557 (1980), it was apparent that some control of truthful advertising was legitimate as long as the regulation directly advanced a substantial state interest. Powell J., writing for the Court, formulated a four-part analysis for determining whether a particular regulation of commercial speech is consistent with the First Amendment, which he summed up as follows at p. 566:

In commercial speech cases, then, a four-part analysis has developed. At the outset, we must determine whether the expression is protected by the First Amendment. For commercial speech to come within that provision, it at least must concern lawful activity and not be misleading. Next, we ask whether the asserted governmental interest is substantial. If both inquiries yield positive answers, we must determine whether the regulation directly advances the governmental interest asserted,

«peut-être aussi vivement, sinon beaucoup plus vivement, qu’aux questions politiques les plus pressantes» (p. 763). D’après la Cour, la protection accordée au discours commercial en vertu du premier amendement se justifiait par l’intérêt du consommateur et de la société en général à la libre circulation de l’information commerciale qui est indispensable pour la prise de décisions économiques éclairées. Il prend cependant soin de souligner dans ses motifs que, si le discours commercial est protégé, la protection dont il bénéficie est moindre que celle accordée à d’autres types de discours. Affirmant que [TRADUCTION] «les gens sauront déterminer où est leur intérêt, pour peu qu’ils soient assez bien renseignés, et que le meilleur moyen d’y parvenir est d’ouvrir les voies de communication plutôt que de les fermer» (p. 770), la Cour a repoussé l’argument selon lequel le public pouvait être tenu dans l’ignorance afin d’empêcher une conduite légale que le gouvernement considère comme nuisible. Il ressort implicitement de l’arrêt *Virginia Pharmacy* que l’État ne saurait supprimer complètement une publicité véridique et non trompeuse concernant des produits légaux en faisant valoir que les renseignements à communiquer auraient un effet nuisible.

Dès 1980, année où la Cour suprême des États-Unis a rendu l’arrêt *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557 (1980), il était évident qu’une publicité véridique pouvait légitimement être soumise à une certaine réglementation pourvu que cette réglementation serve directement à promouvoir un intérêt étatique substantiel. Le juge Powell, auteur des motifs de la Cour, a proposé une analyse en quatre parties pour déterminer si une réglementation particulière du discours commercial était compatible avec le premier amendement. Il résume son analyse à la p. 566:

[TRADUCTION] Donc en matière de discours commercial, une analyse en quatre temps a été élaborée. Au départ, il faut déterminer si l’expression est protégée par le premier amendement. Pour que le discours commercial soit assujéti à cette disposition, il doit d’abord se rapporter à une activité légale et ne pas être de nature à induire en erreur. Il faut ensuite se demander si l’intérêt allégué par le gouvernement est substantiel. Dans l’hypothèse d’une réponse affirmative à chacune de ces

and whether it is not more extensive than is necessary to serve that interest.

He had earlier elaborated the test, as applied to the means chosen to serve the particular governmental interest, as follows at p. 564:

The State must assert a substantial interest to be achieved by restrictions on commercial speech. Moreover, the regulatory technique must be in proportion to that interest. The limitation on expression must be designed carefully to achieve the State's goal. Compliance with this requirement may be measured by two criteria. First, the restriction must directly advance the state interest involved; the regulation may not be sustained if it provides only ineffective or remote support for the government's purpose. Second, if the governmental interest could be served as well by a more limited restriction on commercial speech, the excessive restrictions cannot survive.

It has been observed that this test is very similar to the test that was adopted by this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, for justification under s. 1 of the *Charter*. The *Central Hudson* test has been described as "an uneasy compromise" between competing strains of commercial speech theory. It is an attempt to balance the legitimacy of government regulations intended to protect consumers from harmful commercial speech with the belief that a free market in ideas and information is necessary to an informed and autonomous consumer.

In *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico*, 106 S.Ct. 2968 (1986), the Court applied the *Central Hudson* test in a manner that attracted much criticism as reflecting, in the opinion of some commentators, an excessively deferential attitude to government regulation in the face of little or no demonstration by the state that the legislative means it had adopted either directly advanced the asserted substantial interest or minimally restricted first amendment interests. See, for example, Philip B. Kurland, "*Posadas de*

questions, il faut déterminer si la réglementation en question sert à promouvoir directement l'intérêt gouvernemental allégué et si elle n'est pas plus étendue qu'il ne faut pour servir cet intérêt.

^a Le juge Powell avait auparavant énoncé ce critère applicable aux moyens choisis pour servir l'intérêt gouvernemental particulier, dans les termes suivants, à la p. 564:

^b [TRADUCTION] L'État doit faire valoir un intérêt substantiel à servir par des restrictions apportées au discours commercial. De plus, le mode de réglementation doit être proportionné à cet intérêt. La restriction imposée à l'expression doit être soigneusement conçue pour atteindre l'objectif visé par l'État. L'observation de cette exigence peut-être vérifiée selon deux critères. En premier lieu, la restriction doit servir à promouvoir directement l'intérêt étatique en question; la réglementation ne saurait être maintenue si elle ne soutient que d'une façon inefficace ou indirecte le but que vise le gouvernement. En deuxième lieu, si l'intérêt gouvernemental peut aussi bien être servi par une restriction plus limitée du discours commercial, les restrictions excessives doivent être écartées.

^e Il a été dit que ce critère se rapproche beaucoup de celui qu'a adopté cette Cour dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, pour établir une justification fondée sur l'article premier de la *Charte*. Le critère formulé dans l'arrêt *Central Hudson* a été qualifié de «compromis précaire» entre des tendances divergentes de la théorie du discours commercial. Il tente en réalité de concilier la légitimité de règlements gouvernementaux destinés à protéger les consommateurs contre un discours commercial nuisible et la croyance que la libre circulation des idées et de l'information est nécessaire pour que les consommateurs soient bien renseignés et autonomes.

^h Dans l'affaire *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico*, 106 S.Ct. 2968 (1986), la Cour a appliqué le critère énoncé dans l'arrêt *Central Hudson* d'une manière qui lui a attiré beaucoup de critiques parce que, selon certains commentateurs, la Cour avait fait preuve d'une attitude excessivement déférente à l'égard de la réglementation gouvernementale, alors que l'État n'avait pas suffisamment démontré que les moyens législatifs adoptés servaient directement l'intérêt substantiel allégué ou encore qu'ils restrei-

Puerto Rico v. Tourism Company: “’Twas Strange, ’Twas Passing Strange; ’Twas Pitiful, ’Twas Wondrous Pitiful,” [1986] *Sup. Ct. Rev.* 1; and “The Supreme Court—Leading Cases” (1986), 100 *Harv. L. Rev.* 100, at p. 172. *Posadas* reflects how differences of view or emphasis in the application of the *Central Hudson* test can determine the effective extent of the protection of commercial speech from legislative limitation or restriction. It reveals the tension between two values: the value of the free circulation of commercial information and the value of consumer protection against harmful commercial speech. The American experience with the constitutional protection of commercial speech further indicates the difficulties inherent in its application, in particular the degree to which the courts are involved in the evaluation of regulatory policy in the field of consumer protection. The American jurisprudence with respect to commercial speech has been the subject of much scholarly analysis and criticism. Among the leading articles are the following: Jackson and Jeffries, “Commercial Speech: Economic Due Process and the First Amendment” (1979), 65 *Va. L. Rev.* 1; Weinberg, “Constitutional Protection of Commercial Speech” (1982), 82 *Colum. L. Rev.* 720; and Lively, “The Supreme Court and Commercial Speech: New Words with an Old Message” (1987), 72 *Minn. L. Rev.* 289. There is also an analysis of the American jurisprudence in the very helpful article on commercial expression by Professor Robert J. Sharpe, “Commercial Expression and the Charter” (1987), 37 *U. of T.L.J.* 229.

In the case at bar Boudreault J. in the Superior Court held that the guarantee of freedom of expression in s. 3 of the Quebec *Charter* extended to commercial expression. He relied particularly on the reasoning in the American decisions, quoting at length from the judgment of Blackmun J. in *Virginia Pharmacy* for the rationale underlying the protection of commercial speech in the United States. He emphasized, as does that case, that it is

gnaient le moins possible les intérêts protégés par le premier amendement. Voir, par exemple, Philip B. Kurland, «*Posadas de Puerto Rico v. Tourism Company*: «’Twas Strange, ’Twas Passing Strange; ’Twas Pitiful, ’Twas Wondrous Pitiful»,» [1986] *Sup. Ct. Rev.* 1; et «The Supreme Court—Leading Cases» (1986) 100 *Harv. L. Rev.* 100, à la p. 172. On voit dans l’arrêt *Posadas* de quelle manière le point de vue adopté ou l’insistance sur un aspect donné du critère formulé dans l’arrêt *Central Hudson* peuvent déterminer l’étendue réelle de la protection du discours commercial contre sa limitation ou sa restriction par le législateur. L’arrêt *Posadas* révèle un tiraillement entre deux valeurs: celle de la libre diffusion de l’information commerciale et celle de la protection du consommateur contre le discours commercial nuisible. De plus, l’expérience américaine dans le domaine de la protection constitutionnelle du discours commercial illustre les difficultés inhérentes à son application et en particulier le rôle que les tribunaux sont appelés à jouer dans l’évaluation de politiques de réglementation en matière de protection du consommateur. La jurisprudence américaine sur le discours commercial a été l’objet d’abondantes analyses et critiques dans la doctrine. Parmi les principaux articles nous trouvons: Jackson et Jeffries, «Commercial Speech: Economic Due Process and the First Amendment» (1979), 65 *Va. L. Rev.* 1; Weinberg, «Constitutional Protection of Commercial Speech» (1982), 82 *Colum. L. Rev.* 720; et Lively, «The Supreme Court and Commercial Speech: New Words with an Old Message» (1987), 72 *Minn. L. Rev.* 289. Notons également une analyse de la jurisprudence américaine dans un article très utile du professeur Robert J. Sharpe et traitant de l’expression commerciale: «Commercial Expression and the Charter» (1987), 37 *U. of T.L.J.* 229.

En l’espèce, le juge Boudreault de la Cour supérieure a statué que la liberté d’expression garantie par l’art. 3 de la *Charte* québécoise s’étendait à l’expression commerciale. Pour cela, il s’est fondé tout particulièrement sur le raisonnement adopté dans les décisions américaines et a cité de longs extraits tirés des motifs du juge Blackmun qui, dans l’affaire *Virginia Pharmacy*, explique la justification de la protection du discours commercial

not only the speaker but the listener who has an interest in freedom of expression. In the Court of Appeal, Bisson J.A. applied the judgment of the majority of the Court on this issue in *Irwin Toy Ltd. v. Procureur général du Québec*, [1986] R.J.Q. 2441, and quoted from the opinions of Jacques J.A. and Vallerand J.A. in that case. In *Irwin Toy*, Jacques J.A. held that there was no basis on the face of s. 2(b) of the Canadian Charter for distinguishing, in respect of the guarantee of freedom of expression, between different kinds of expression, whether they be of a political, artistic, cultural or other nature. He held that commercial expression was as much entitled to protection as other kinds of expression because of the important role played by it in assisting persons to make informed economic choices. He added, however, that commercial expression might be subject to reasonable limits under s. 1 of the Canadian Charter of a kind that would not be reasonable in the case of political expression. While Jacques J.A. did not refer explicitly to the American jurisprudence on commercial speech, his general approach to the question of commercial expression would appear to contemplate a result similar to that reached in the American cases: the constitutional protection of freedom of commercial expression but to a lesser degree than that accorded to political expression. Vallerand J.A. expressed a similar view, indicating his agreement with the rationale for the protection of commercial expression reflected in the American cases: the individual and societal interest in the free flow of commercial information as indispensable to informed economic decisions.

In the course of argument reference was made to two other Canadian decisions which reflect the contrasting positions on the question whether freedom of expression should extend to commercial expression: the majority decision of the Ontario Divisional Court in *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 16 D.L.R. (4th) 489, and

aux États-Unis. Le juge Boudreault a souligné, comme on l'a fait dans l'arrêt *Virginia Pharmacy*, que non seulement celui qui parle mais aussi celui qui l'écoute a un intérêt dans la liberté d'expression. En Cour d'appel, le juge Bisson a appliqué l'opinion majoritaire de la Cour d'appel sur cette question dans l'affaire *Irwin Toy Ltd. c. Procureur général du Québec*, [1986] R.J.Q. 2441, et a cité des extraits des motifs des juges Jacques et Vallerand dans cette affaire. Dans *Irwin Toy*, le juge Jacques avait conclu que la rédaction de l'al. 2b) de la *Charte* canadienne ne permettait pas de faire des distinctions, en ce qui concerne la garantie de liberté d'expression, entre divers types d'expression, qu'ils soient de nature politique, artistique, culturelle ou autre. Selon lui, l'expression commerciale devait être protégée au même titre que les autres types d'expression en raison du rôle important qu'elle joue en facilitant les choix économiques éclairés. Il a cependant ajouté que l'expression commerciale pouvait, en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne, être soumise à des limites qui pouvaient être raisonnables pour ce type d'expression mais qui ne le seraient pas dans le cas de l'expression politique. Bien que le juge Jacques n'ait pas mentionné expressément la jurisprudence américaine sur le discours commercial, sa façon générale d'aborder la question de l'expression commerciale paraît tendre à un résultat semblable à celui des décisions américaines, c'est-à-dire une protection constitutionnelle de la liberté d'expression commerciale, mais dans une mesure moindre que l'expression politique. Le juge Vallerand a émis une opinion similaire dans laquelle il s'est dit d'accord avec la justification de la protection de l'expression commerciale telle qu'elle se dégage de la jurisprudence américaine: l'intérêt qu'ont les particuliers et la société dans la libre diffusion de l'information commerciale qui est indispensable à la prise de décisions économiques éclairées.

Au cours des débats, mention a été faite de deux autres décisions canadiennes reflétant les différents points de vue opposés sur la question de savoir si la liberté d'expression devrait s'étendre à l'expression commerciale. Il s'agit de l'arrêt rendu par la Cour divisionnaire de l'Ontario, à la majorité, dans l'affaire *Re Klein and Law Society of*

the unanimous decision of the Alberta Court of Appeal in *Re Grier and Alberta Optometric Association* (1987), 42 D.L.R. (4th) 327. In *Klein*, on which the Attorney General of Quebec and those who supported his contention that freedom of expression should not extend to commercial expression placed particular reliance, the relevant issue was whether the Rules of Professional Conduct of the Law Society of Upper Canada prohibiting fee advertising by solicitors infringed the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter*. After referring to the pre-*Charter* decisions on freedom of speech and the American jurisprudence on commercial speech, Callaghan J., with whom Eberle J. concurred, concluded that the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) should not extend to commercial expression. He held that commercial expression was unrelated to political expression, which in his view was the principal if not exclusive object of the protection afforded by s. 2(b). He said at p. 532: "The Charter reflects a concern with the political rights of the individual and does not, in my view, reflect a similar concern with the economic sphere nor with its incidents such as commercial speech" and "*Prima facie* then, the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the Charter would appear to apply to the expression of ideas relating to the political and governmental domains of the country. (I leave aside the question of whether or not artistic expression falls within s. 2(b))." After a very full discussion of American jurisprudence and experience with respect to the First Amendment protection of commercial speech Callaghan J. expressed the view that there were good reasons for not following it, among them the extent to which such protection involved the courts in a difficult case-by-case review of regulatory policy. He concluded as follows at p. 539: "I would conclude that there is no reason to expand the meaning of the word "expression" in s. 2(b) of the Charter to cover pure commercial speech. Commercial speech contributes nothing to democratic government because it says nothing about how people are governed or how they should govern themselves. It does not relate to government policies or matters of public concern essential to a democratic process. It pertains to the economic

Upper Canada (1985), 16 D.L.R. (4th) 489, et de l'arrêt unanime de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *Re Grier and Alberta Optometric Association* (1987), 42 D.L.R. (4th) 327. Dans l'affaire *Klein*, sur laquelle se fondent particulièrement le procureur général du Québec et ceux qui l'appuient pour dire que la liberté d'expression ne devrait pas comprendre l'expression commerciale, la question pertinente était de savoir si les Rules of Professional Conduct de la Law Society of Upper Canada qui interdisent aux avocats de faire de la publicité concernant leurs honoraires, portaient atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Citant les décisions antérieures à la *Charte* portant sur la liberté d'expression ainsi que la jurisprudence américaine traitant du discours commercial, le juge Callaghan, à l'avis duquel a souscrit le juge Eberle, a conclu que la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) ne devrait pas s'étendre à l'expression commerciale. Selon lui, l'expression commerciale n'a aucun rapport avec l'expression politique, laquelle est l'objet principal, sinon exclusif, de la protection accordée par l'al. 2b). À la page 532, le juge Callaghan affirme: [TRADUCTION] «La Charte traduit une préoccupation à l'égard des droits politiques de l'individu qu'elle n'exprime pas, à mon avis, à l'égard du domaine économique ni à l'égard de ce qui s'y rattache, par exemple le discours commercial.» Puis: [TRADUCTION] «De prime abord donc, la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la Charte paraît s'appliquer à l'expression d'idées se rapportant aux sphères politique et gouvernementale du pays. (Je laisse de côté la question de savoir si l'expression artistique relève de l'al. 2b)).» Après une analyse très poussée de la jurisprudence et de l'expérience américaines en matière de protection du discours commercial en vertu du premier amendement, le juge Callaghan se dit d'avis qu'il y a de bonnes raisons de ne pas suivre l'exemple américain, l'une d'elles étant que cette protection astreint les tribunaux à la tâche difficile de contrôler cas par cas la politique de réglementation. À la page 539, il arrive à la conclusion suivante: [TRADUCTION] «Je conclus qu'il n'y a aucune raison d'élargir le sens du mot «expression» qui figure à l'al. 2b) de la Charte de manière à lui faire englober le discours purement commercial. Le dis-

realm and is a matter appropriate to regulation by the Legislature.” Henry J., dissenting, adopted the rationale reflected in the American decisions for the protection of commercial expression, emphasizing the indispensable role played by commercial advertising in the functioning of the market economy, the performance of which is of vital concern to the body politic.

In *Grier*, the Alberta Court of Appeal (Lieberman, Kerans and Irving J.J.A.) held that a brochure mailed by a licensed optometrist to patients and others quoting prices for various services was protected expression within the meaning of s. 2(b) of the *Charter*. It declined to follow *Klein* on the question of commercial expression and expressed agreement with the decision of the Quebec Court of Appeal in *Irwin Toy* on that question. In the course of a discussion of the protected value that justifies a guarantee of freedom of commercial expression under s. 2(b) Kerans J.A. quoted with approval from the statement in that case by Jacques J.A. of the rationale for the protection of commercial expression. He added at p. 336: “The valued activity engaged here, then, is the dissemination of service and product information for consumer protection.”

The submissions of the Attorney General of Quebec and those who supported him on this issue may be summarized as follows. The scope of a guaranteed freedom must be determined, as required by *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, in the light of the character and larger objects of the Canadian *Charter* and the linguistic, philosophic and historical context of the particular freedom. There is no historical basis for a guarantee of

cours commercial n’apporte rien au système de gouvernement démocratique parce qu’il ne dit rien sur la façon dont un peuple est gouverné ni sur la manière dont il devrait se gouverner. Il est étranger aux politiques gouvernementales et aux questions d’intérêt public qui constituent des éléments essentiels du processus démocratique. Le discours commercial concerne le domaine économique et c’est au législateur qu’il appartient de le réglementer.» Le juge Henry, dissident, a suivi les décisions américaines en adoptant leur justification de la protection de l’expression commerciale. À ce propos, il a souligné le rôle indispensable de la publicité commerciale dans une économie de marché, dont la bonne marche revêt une importance vitale pour le corps politique.

Dans l’arrêt *Grier*, la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Lieberman, Kerans et Irving) a jugé qu’une brochure faisant état du prix de différents services, qu’un optométriste licencié avait envoyée par la poste à des clients et à d’autres personnes, était une forme d’expression qui bénéficiait de la protection de l’al. 2b) de la *Charte*. Refusant de suivre l’arrêt *Klein* sur la question de l’expression commerciale, la cour s’est dite d’accord avec ce qu’avait décidé la Cour d’appel du Québec à ce sujet dans l’affaire *Irwin Toy*. Dans le cadre d’une étude de la valeur protégée qui justifie que la liberté d’expression commerciale soit garantie en vertu de l’al. 2b), le juge Kerans a cité avec approbation l’énoncé, fait par le juge Jacques dans l’affaire *Irwin Toy*, de la raison fondamentale de la protection de l’expression commerciale. Il a ajouté, à la p. 336: [TRADUCTION] «Donc, l’activité importante dont il s’agit en l’espèce est la diffusion d’information sur des produits et des services afin d’assurer la protection du consommateur.»

L’argumentation du procureur général du Québec et de ceux qui l’ont soutenu sur ce point se résume à ceci: conformément à l’exigence posée dans l’arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, l’étendue d’une liberté garantie doit se déterminer en fonction de la nature de la *Charte* canadienne et de ses objets de portée plus générale ainsi qu’en fonction du contexte linguistique, philosophique et historique dans lequel s’insère la liberté en ques-

freedom of commercial expression in pre-*Charter* jurisprudence, in which recognition was given, on the basis of the division of powers and the “implied bill of rights”, to freedom of political expression. Freedom of expression appears in both the Canadian *Charter* and the Quebec *Charter* under the heading of “Fundamental Freedoms”; there is nothing fundamental about commercial expression. A guarantee of freedom of expression which embraces commercial advertising would be the protection of an economic right, when both the Canadian *Charter* and the Quebec *Charter* clearly indicate that they are not concerned with the protection of such rights. The American decisions recognizing a limited First Amendment protection for commercial speech must be seen in the context of a constitution that protects the right of property, whereas that right was deliberately omitted from the protection afforded by s. 7 of the Canadian *Charter*. This Court, in refusing to constitutionalize the right to strike, has recognized that the Canadian *Charter* does not extend to economic rights or freedoms. To extend freedom of expression beyond political expression, and possibly artistic and cultural expression, would trivialize that freedom and lead inevitably to the adoption of different justificatory standards under s. 1 according to the kind of expression involved. The terms of s. 1, as interpreted and applied by the courts, do not permit of such differential application. Freedom of commercial expression, and in particular commercial advertising, does not serve any of the values that would justify its constitutional protection. Commercial advertising is manipulative and seeks to condition or control economic choice rather than to provide the basis of a truly informed choice. As the American experience shows, the recognition of a limited protection for commercial expression involves an evaluation of regulatory policy that is better left to the legislature. Academic criticism of the American approach to commercial speech and judicial expression of misgivings concerning it provide sufficient reason for declining to follow it.

tion. Aucun fondement historique d’une garantie de liberté d’expression commerciale ne se dégage de la jurisprudence antérieure à la *Charte*, jurisprudence qui reconnaissait l’existence d’une liberté d’expression politique fondée sur le partage des pouvoirs et sur une «charte des droits implicites». Tant dans la *Charte* canadienne que dans la *Charte* québécoise la liberté d’expression figure sous la rubrique «Libertés fondamentales». Or, l’expression commerciale n’a rien de fondamental. Une garantie de liberté d’expression qui inclurait la publicité commerciale serait la protection d’un droit économique alors qu’il ressort nettement et de la *Charte* canadienne et de la *Charte* québécoise qu’elles ne visent pas à protéger de tels droits. Quant aux décisions américaines accordant au discours commercial, en vertu du premier amendement, une protection limitée, elles doivent être placées dans le contexte d’une constitution qui protège le droit de propriété, droit qui a été délibérément exclu de la protection offerte par l’art. 7 de la *Charte* canadienne. Cette Cour, en refusant de conclure que le droit de grève est garanti par la Constitution, a reconnu que la *Charte* canadienne ne s’étend pas aux droits ou libertés d’ordre économique. Donner à la liberté d’expression une portée qui dépasse l’expression politique et, peut-être, l’expression artistique et culturelle, reviendrait à banaliser cette liberté et conduirait inévitablement à l’adoption, aux fins de l’article premier, de normes justificatives qui diffèreraient suivant le type d’expression en cause. Le texte de l’article premier, tel qu’il a été interprété et appliqué par les tribunaux, n’admet pas cette inégalité d’application. La liberté d’expression commerciale, surtout dans le domaine de la publicité commerciale, ne sert à promouvoir aucune des valeurs pouvant justifier sa protection en vertu de la Constitution. La publicité commerciale vise à manipuler le public et cherche à conditionner ou à diriger les choix économiques plutôt qu’à fournir les données de base nécessaires à la prise d’une décision éclairée. Comme le montre l’expérience américaine, la reconnaissance d’une protection limitée pour l’expression commerciale implique une évaluation de la politique de réglementation qu’il vaudrait mieux laisser au législateur. Les critiques doctrinales ainsi que les réserves exprimées par les tribunaux justifient amplement qu’on n’adopte pas la position américaine à l’égard du discours commercial.

It is apparent to this Court that the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter* cannot be confined to political expression, important as that form of expression is in a free and democratic society. The pre-*Charter* jurisprudence emphasized the importance of political expression because it was a challenge to that form of expression that most often arose under the division of powers and the "implied bill of rights", where freedom of political expression could be related to the maintenance and operation of the institutions of democratic government. But political expression is only one form of the great range of expression that is deserving of constitutional protection because it serves individual and societal values in a free and democratic society.

The post-*Charter* jurisprudence of this Court has indicated that the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter* is not to be confined to political expression. In holding, in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, that secondary picketing was a form of expression within the meaning of s. 2(b) the Court recognized that the constitutional guarantee of freedom of expression extended to expression that could not be characterized as political expression in the traditional sense but, if anything, was in the nature of expression having an economic purpose. Although the authority canvassed by McIntyre J. on the importance of freedom of expression tended to emphasize political expression, his own statement of the importance of this freedom clearly included expression that could be characterized as having other than political significance, where he said of freedom of expression at p. 583: "It is one of the fundamental concepts that has formed the basis for the historical development of the political, social and educational institutions of western society."

Various attempts have been made to identify and formulate the values which justify the consti-

La Cour estime que la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte* canadienne et par l'art. 3 de la *Charte* québécoise ne peut se limiter à l'expression politique, si importante soit-elle dans une société libre et démocratique. Si la jurisprudence antérieure à la *Charte* a insisté sur l'importance de l'expression politique, cela tenait à ce qu'elle était la forme d'expression qui donnait le plus souvent lieu à des contestations fondées sur le partage des pouvoirs et sur la «charte des droits implicite» et que, dans ce contexte, la liberté d'expression politique pouvait être rattachée au maintien et au fonctionnement des institutions d'un gouvernement démocratique. L'expression politique n'est toutefois qu'une forme d'expression dans la grande diversité de types d'expression qui méritent une protection constitutionnelle parce qu'ils servent à promouvoir certaines valeurs individuelles et collectives dans une société libre et démocratique.

Selon les arrêts rendus par cette Cour depuis l'entrée en vigueur de la *Charte*, la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte* ne se limite pas à l'expression politique. En concluant dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, que le piquetage secondaire constituait une forme d'expression au sens de l'al. 2b), la Cour a reconnu que la liberté d'expression garantie par la Constitution englobait une forme d'expression qui ne pouvait être qualifiée d'expression politique au sens traditionnel mais qui était plutôt de la nature d'une expression ayant un but économique. Quoique la doctrine et la jurisprudence examinées tendent à mettre l'accent sur l'expression politique, il est clair que le juge McIntyre, dans sa propre déclaration concernant l'importance de la liberté d'expression, englobe une expression qui peut être définie comme ayant une importance autre que politique. En effet, il dit, à la p. 583: «Elle constitue l'un des concepts fondamentaux sur lesquels repose le développement historique des institutions politiques, sociales et éducatives de la société occidentale.»

On a tenté à plusieurs reprises de cerner et de formuler les valeurs justifiant la protection consti-

tutionnelle de la liberté d'expression. Probablement la plus connue est celle du professeur Thomas I. Emerson dans son article intitulé «Toward a General Theory of the First Amendment» (1963), 72 *Yale L.J.* 877, où il résume dans les termes suivants, à la p. 878, les valeurs en question:

The values sought by society in protecting the right to freedom of expression may be grouped into four broad categories. Maintenance of a system of free expression is necessary (1) as assuring individual self-fulfillment, (2) as a means of attaining the truth, (3) as a method of securing participation by the members of the society in social, including political, decision-making, and (4) as maintaining the balance between stability and change in society.

The third and fourth of these values would appear to be closely related if not overlapping. Generally the values said to justify the constitutional protection of freedom of expression are stated as three-fold in nature, as appears from the article by Professor Sharpe referred to above on "Commercial Expression and the Charter", where he speaks of the three "rationales" for such protection as follows at p. 232:

The first is that freedom of expression is essential to intelligent and democratic self-government The second theory is that freedom of expression protects an open exchange of views, thereby creating a competitive market-place of ideas which will enhance the search for the truth

The third theory values expression for its own sake. On this view, expression is seen as an aspect of individual autonomy. Expression is to be protected because it is essential to personal growth and self-realization.

While these attempts to identify and define the values which justify the constitutional protection of freedom of expression are helpful in emphasizing the most important of them, they tend to be formulated in a philosophical context which fuses the separate questions of whether a particular form or act of expression is within the ambit of the interests protected by the value of freedom of expression and the question whether that form or

tutionnelle de la liberté d'expression. La tentative la plus connue est probablement celle du professeur Thomas I. Emerson dans son article intitulé «Toward a General Theory of the First Amendment» (1963), 72 *Yale L.J.* 877, où il résume dans les termes suivants, à la p. 878, les valeurs en question:

[TRADUCTION] Les valeurs que la société vise à promouvoir par la protection du droit à la liberté d'expression peuvent se grouper en quatre grandes catégories. Le maintien d'un système de libre expression est nécessaire (1) pour permettre l'épanouissement personnel des individus, (2) pour permettre la recherche de la vérité, (3) pour obtenir la participation des membres de la société à la prise de décisions d'intérêt social, y compris dans le domaine politique, et (4) pour maintenir un équilibre entre la stabilité et le changement dans la société.

Les troisième et quatrième valeurs, si elles ne se chevauchent pas, paraissent étroitement liées. D'une manière générale, les valeurs qu'on prétend justifier par la protection constitutionnelle de la liberté d'expression sont présentées comme comportant trois aspects. C'est ce qui se dégage de l'article susmentionné du professeur Sharpe intitulé «Commercial Expression and the Charter», où il parle des trois «raisons d'être» d'une telle protection dans le passage suivant tiré de la p. 232:

[TRADUCTION] La première, est que la liberté d'expression est nécessaire pour qu'un peuple puisse se gouverner intelligemment et démocratiquement [. . .] La deuxième théorie est que la liberté d'expression protège la libre diffusion d'opinions, créant une certaine concurrence sur le marché des idées et facilitant par là la recherche de la vérité

La troisième théorie valorise l'expression pour sa valeur intrinsèque. Suivant ce point de vue, l'expression est un aspect de l'autonomie individuelle et doit être protégée parce qu'elle est indispensable au développement et à l'épanouissement personnels.

Ces tentatives de définition des valeurs qui justifient la protection constitutionnelle de la liberté d'expression ont leur utilité pour mettre en relief les plus importantes d'entre elles. Toutefois, elles sont, d'une manière générale, formulées dans un contexte philosophique qui soude la question de savoir si tel mode ou telle forme d'expression fait partie des intérêts protégés par la valeur qu'est la liberté d'expression, à celle de savoir si, en dernière

act of expression, in the final analysis, deserves protection from interference under the structure of the Canadian *Charter* and the Quebec *Charter*. These are two distinct questions and call for two distinct analytical processes. The first, at least for the Canadian *Charter*, is to be determined by the purposive approach to interpretation set out by this Court in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, and *Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*. The second, the question of the limitation on the protected values, is to be determined under s. 1 of the *Charter* as interpreted in *Oakes*, *supra*, and *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713. The division between the two analytical processes has been established by this Court in the above decisions. First, consideration will be given to the interests and purposes that are meant to be protected by the particular right or freedom in order to determine whether the right or freedom has been infringed in the context presented to the court. If the particular right or freedom is found to have been infringed, the second step is to determine whether the infringement can be justified by the state within the constraints of s. 1. It is within the perimeters of s. 1 that courts will in most instances weigh competing values in order to determine which should prevail.

In order to address the issues presented by this case it is not necessary for the Court to delineate the boundaries of the broad range of expression deserving of protection under s. 2(b) of the Canadian *Charter* or s. 3 of the Quebec *Charter*. It is necessary only to decide if the respondents have a constitutionally protected right to use the English language in the signs they display, or more precisely, whether the fact that such signs have a commercial purpose removes the expression contained therein from the scope of protected freedom.

In our view, the commercial element does not have this effect. Given the earlier pronouncements of this Court to the effect that the rights and freedoms guaranteed in the Canadian *Charter*

analyse, ce mode ou cette forme d'expression mérite, sous le régime de la *Charte* canadienne et de la *Charte* québécoise, une protection contre toute atteinte. Ces deux questions distinctes appellent deux analyses distinctes. La première question, dans le contexte de la *Charte* canadienne du moins, doit être tranchée par l'emploi de la méthode d'interprétation fondée sur l'objet qui a été exposé par cette Cour dans les arrêts *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, et *Big M Drug Mart Ltd.*, précité. La seconde question, qui concerne les limites à imposer aux valeurs protégées, doit être réglée par l'application de l'article premier de la *Charte* tel qu'il est interprété dans l'arrêt *Oakes*, précité, et dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713. La séparation des deux démarches analytiques a été établie par cette Cour dans les arrêts susmentionnés. Nous allons d'abord examiner les intérêts et les objets que la liberté ou le droit en question visent à protéger afin de déterminer s'il y a eu violation de ce droit ou de cette liberté dans le cas présenté à la Cour. Si nous concluons qu'il y a eu atteinte à la liberté ou au droit en question, nous devons déterminer, en second lieu, si l'État peut justifier cette atteinte en respectant les limites imposées par l'article premier, car c'est dans le cadre des paramètres définis à l'article premier que, le plus souvent, les tribunaux devront soulever des valeurs opposées afin de décider laquelle doit primer.

Pour répondre aux questions soulevées en l'espèce, il n'est pas nécessaire que la Cour trace les limites du vaste éventail des types d'expression qui méritent la protection de l'al. 2b) de la *Charte* canadienne ou de l'art. 3 de la *Charte* québécoise. Il suffit de décider si les intimées ont un droit protégé par la Constitution d'utiliser la langue anglaise dans leur affichage ou, plus précisément, si le fait que l'affichage en question vise un but commercial exclut l'expression qu'il comporte du champ d'application de la liberté garantie.

À notre avis, son caractère commercial n'a pas cet effet. Étant donné que cette Cour a déjà affirmé à plusieurs reprises que les droits et libertés garantis par la *Charte* canadienne doivent rece-

should be given a large and liberal interpretation, there is no sound basis on which commercial expression can be excluded from the protection of s. 2(b) of the *Charter*. It is worth noting that the courts below applied a similar generous and broad interpretation to include commercial expression within the protection of freedom of expression contained in s. 3 of the Quebec *Charter*. Over and above its intrinsic value as expression, commercial expression which, as has been pointed out, protects listeners as well as speakers plays a significant role in enabling individuals to make informed economic choices, an important aspect of individual self-fulfillment and personal autonomy. The Court accordingly rejects the view that commercial expression serves no individual or societal value in a free and democratic society and for this reason is undeserving of any constitutional protection.

Rather, the expression contemplated by ss. 58 and 69 of the *Charter of the French Language* is expression within the meaning of both s. 2(b) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter*. This leads to the conclusion that s. 58 infringes the freedom of expression guaranteed by s. 3 of the Quebec *Charter* and s. 69 infringes the guaranteed freedom of expression under both s. 2(b) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter*. Although the expression in this case has a commercial element, it should be noted that the focus here is on choice of language and on a law which prohibits the use of a language. We are not asked in this case to deal with the distinct issue of the permissible scope of regulation of advertising (for example to protect consumers) where different governmental interests come into play, particularly when assessing the reasonableness of limits on such commercial expression pursuant to s. 1 of the Canadian *Charter* or to s. 9.1 of the Quebec *Charter*. It remains to be considered whether the limit imposed on freedom of expression by ss. 58 and 69 is justified under either s. 1 of the Canadian *Charter* or s. 9.1 of the Quebec *Charter*, as the case may be.

voir une interprétation large et libérale, il n'y a aucune raison valable d'exclure l'expression commerciale de la protection de l'al. 2b) de la *Charte*. Notons que les tribunaux d'instance inférieure ont eu recours au même genre d'interprétation large et généreuse pour faire bénéficier l'expression commerciale de la protection accordée à la liberté d'expression par l'art. 3 de la *Charte* québécoise. Au-delà de sa valeur intrinsèque en tant que mode d'expression, l'expression commerciale qui, répétons-le, protège autant celui qui s'exprime que celui qui l'écoute, joue un rôle considérable en permettant aux individus de faire des choix économiques éclairés, ce qui représente un aspect important de l'épanouissement individuel et de l'autonomie personnelle. La Cour rejette donc l'opinion selon laquelle l'expression commerciale ne sert aucune valeur individuelle ou sociale dans une société libre et démocratique et, pour cette raison, ne mérite aucune protection constitutionnelle.

Bien au contraire, l'expression envisagée aux art. 58 et 69 de la *Charte de la langue française* est une expression au sens de l'al. 2b) de la *Charte* canadienne et au sens de l'art. 3 de la *Charte* québécoise. En conséquence, l'art. 58 porte atteinte à la liberté d'expression garantie par l'art. 3 de la *Charte* québécoise et l'art. 69 porte atteinte à la liberté d'expression protégée par l'al. 2b) de la *Charte* canadienne et par l'art. 3 de la *Charte* québécoise. Bien que l'expression considérée ait un aspect commercial, il faut souligner que l'accent est mis, en l'espèce, sur le choix de la langue et sur une loi qui interdit l'emploi d'une langue. On ne nous demande pas de traiter ici de la question distincte de savoir quelle portée acceptable pourrait avoir la réglementation de la publicité (pour protéger les consommateurs, par exemple) quand divers intérêts gouvernementaux entrent en jeu, surtout lorsqu'il s'agit d'évaluer le caractère raisonnable des restrictions apportées à une telle expression commerciale, selon l'article premier de la *Charte* canadienne et l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise. Il reste donc à déterminer si la restriction imposée à la liberté d'expression par les art. 58 et 69 est justifiée soit en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne, soit en vertu de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise, selon le cas.

IX

Whether the Limit Imposed on Freedom of Expression by ss. 58 and 69 of the *Charter of the French Language* is Justified Under s. 9.1 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms* and s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

The issues raised in this part are as follows: (a) the meaning of s. 9.1 of the *Quebec Charter* and whether its role and effect are essentially different from that of s. 1 of the *Canadian Charter*; (b) whether the requirement of the exclusive use of French by ss. 58 and 69 of the *Charter of the French Language* is a limit within the meaning of s. 9.1 and s. 1; (c) whether the material (hereinafter referred to as the s. 1 and s. 9.1 materials) relied on by the Attorney General of Quebec in justification of the limit is properly before the Court; and (d) whether the material justifies the prohibition of the use of any language other than French.

A. The Meaning of s. 9.1 of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms

The issue here is whether s. 9.1 is a justificatory provision similar in its purpose and effect to s. 1 of the *Canadian Charter* and if so what is the test to be applied under it. Section 9.1 is worded differently from s. 1, and it is convenient to set out the two provisions again for comparison, as well as the test under s. 1. Section 9.1 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*, which was added to the *Charter* by *An Act to amend the Charter of Human Rights and Freedoms*, S.Q. 1982, c. 61, s. 2 and entered into force by proclamation on October 1, 1983, reads as follows:

9.1. In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec.

In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law.

Section 1 of the *Canadian Charter* provides:

IX

La restriction imposée à la liberté d'expression par les art. 58 et 69 de la *Charte de la langue française* est-elle justifiée en vertu de l'art. 9.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec et de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Les questions soulevées dans la présente partie sont les suivantes: a) Quel est le sens de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise et son rôle et son effet différent-ils sensiblement de ceux de l'article premier de la *Charte* canadienne? b) L'exigence de l'usage exclusif du français posée par les art. 58 et 69 de la *Charte de la langue française* constitue-t-elle une restriction aux fins de l'art. 9.1 et de l'article premier? c) Les documents (ci-après appelés les documents se rapportant à l'article premier et à l'art. 9.1) sur lesquels s'appuie le procureur général du Québec pour justifier la restriction étaient-ils admissibles devant cette Cour? d) Les documents en question justifient-ils l'interdiction de l'usage d'une langue autre que le français?

A. Le sens de l'art. 9.1 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec

Il s'agit de déterminer tout d'abord si l'art. 9.1 est une disposition justificative dont l'objet et l'effet sont similaires à ceux de l'article premier de la *Charte* canadienne et, dans l'affirmative, quel est le critère applicable en vertu de cet article. Le texte de l'art. 9.1 diffère de celui de l'article premier et il convient, pour des fins de comparaison, de reproduire encore les deux dispositions et d'énoncer également le critère à appliquer en vertu de l'article premier. L'article 9.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec y a été ajouté par la *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982, chap. 61, art. 2, et est entré en vigueur par proclamation le 1^{er} octobre 1983. En voici le texte:

9.1. Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.

L'article premier de la *Charte* canadienne dit:

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 test under s. 1 of the *Canadian Charter* was laid down by this Court in *R. v. Oakes, supra*, and restated by the Chief Justice in *R. v. Edwards Books and Art Ltd., supra*, as follows at pp. 768-69:

Two requirements must be satisfied to establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. First, the legislative objective which the limitation is designed to promote must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutional right. It must bear on a "pressing and substantial concern". Second, the means chosen to attain those objectives must be proportional or appropriate to the ends. The proportionality requirement, in turn, normally has three aspects: the limiting measures must be carefully designed, or rationally connected, to the objective; they must impair the right as little as possible; and their effects must not so severely trench on individual or group rights that the legislative objective, albeit important, is nevertheless outweighed by the abridgment of rights. The Court stated that the nature of the proportionality test would vary depending on the circumstances. Both in articulating the standard of proof and in describing the criteria comprising the proportionality requirement the Court has been careful to avoid rigid and inflexible standards.

It was suggested in argument that because of its quite different wording s. 9.1 was not a justificatory provision similar to s. 1 but merely a provision indicating that the fundamental freedoms and rights guaranteed by the *Quebec Charter* are not absolute but relative and must be construed and exercised in a manner consistent with the values, interests and considerations indicated in s. 9.1 — "democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec." In the case at bar the Superior Court and the Court of Appeal held that s. 9.1 was a justificatory provision corresponding to s. 1 of the *Canadian Charter* and that it was subject, in its application, to a similar test of

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.

Le critère applicable aux fins de l'article premier de la *Charte* canadienne a été formulé par cette Cour dans l'arrêt *R. c. Oakes*, précité, et reformulé par le Juge en chef dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, précité, dans les termes suivants, aux pp. 768 et 769:

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 exigences. En premier lieu, l'objectif législatif que la restriction vise à promouvoir doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution. Il doit se rapporter à des «préoccupations urgentes et réelles». En second lieu, les moyens choisis pour atteindre ces objectifs doivent être proportionnels ou appropriés à ces fins. La proportionnalité requise, à son tour, comporte normalement trois aspects: les mesures restrictives doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question, ou avoir un lien rationnel avec cet objectif; elles doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et leurs effets ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits. La Cour a affirmé que la nature du critère de proportionnalité pourrait varier en fonction des circonstances. Tant dans son élaboration de la norme de preuve que dans sa description des critères qui comprennent l'exigence de proportionnalité, la Cour a pris soin d'éviter de fixer des normes strictes et rigides.

On a soutenu à l'audience qu'en raison de son libellé tout à fait différent, l'art. 9.1 n'est pas une disposition justificative analogue à l'article premier, mais simplement une disposition indiquant que les libertés et droits fondamentaux garantis par la *Charte* québécoise ne sont pas absolus mais relatifs et doivent donc s'interpréter et s'exercer d'une manière compatible avec les valeurs, les intérêts et les considérations mentionnées à l'art. 9.1, soit les «valeurs démocratiques», «l'ordre public» et le «bien-être général des citoyens du Québec». En l'espèce, la Cour supérieure et la Cour d'appel ont conclu que l'art. 9.1 était une disposition justificative correspondant à l'article

rational connection and proportionality. This Court agrees with that conclusion. The first paragraph of s. 9.1 speaks of the manner in which a person must exercise his fundamental freedoms and rights. That is not a limit on the authority of government but rather does suggest the manner in which the scope of the fundamental freedoms and rights is to be interpreted. The second paragraph of s. 9.1, however — “In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law” — does refer to legislative authority to impose limits on the fundamental freedoms and rights. The words “In this respect” refer to the words “maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec”. Read as a whole, s. 9.1 provides that limits to the scope and exercise of the fundamental freedoms and rights guaranteed may be fixed by law for the purpose of maintaining a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Quebec. That was the view taken of s. 9.1 in both the Superior Court and the Court of Appeal. As for the applicable test under s. 9.1, Boudreault J. in the Superior Court quoted with approval from a paper delivered by Raynold Langlois, Q.C., entitled “Les clauses limitatives des Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés et le fardeau de la preuve”, and published in *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne* (1986), in which the author expressed the view that under s. 9.1 the government must show that the restrictive law is neither irrational nor arbitrary and that the means chosen are proportionate to the end to be served. In the Court of Appeal, Bisson J.A. adopted essentially the same test. He said that under s. 9.1 the government has the onus of demonstrating on a balance of probabilities that the impugned means are proportional to the object sought. He also spoke of the necessity that the government show the absence of an irrational or arbitrary character in the limit imposed by law and that there is a rational link between the means and the end pursued. We are in general agreement with this approach. The Attorney General of Quebec submitted that s. 9.1 left more scope to the legislature than s. 1 and only conferred judicial control of “la

premier de la *Charte* canadienne et que son application était soumise à un critère semblable de proportionnalité et de lien rationnel. La Cour souscrit à cette conclusion. Le premier alinéa de l’art. 9.1 parle de la façon dont une personne doit exercer des libertés et des droits fondamentaux. Ce n’est pas une limitation du pouvoir du gouvernement, mais plutôt une indication de la manière d’interpréter l’étendue de ces libertés et droits fondamentaux. Toutefois, le second alinéa de l’art. 9.1 («La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l’exercice.») traite bien du pouvoir du législateur d’imposer des limites aux libertés et droits fondamentaux. L’expression «à cet égard» renvoie au membre de phrase «dans le respect des valeurs démocratiques, de l’ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec». Pris dans son ensemble, l’art. 9.1 prévoit que la loi peut fixer des limites à l’étendue et à l’exercice des libertés et droits fondamentaux garantis pour assurer le respect des valeurs démocratiques, de l’ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec. C’est ainsi que la Cour supérieure et la Cour d’appel ont envisagé l’art. 9.1. Pour ce qui est du critère à appliquer aux fins de l’art. 9.1, le juge Boudreault de la Cour supérieure a cité et approuvé des extraits d’une étude présentée par M^e Raynold Langlois, c.r., intitulée «Les clauses limitatives des Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés et le fardeau de la preuve», publiée dans *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne* (1986). Dans cette étude, l’auteur exprime l’avis que, pour se prévaloir de l’art. 9.1, le gouvernement doit démontrer que la loi restrictive n’est ni irrationnelle ni arbitraire et que les moyens choisis sont proportionnés au but visé. En Cour d’appel, le juge Bisson a retenu essentiellement le même critère. Selon lui, il incombe au gouvernement, en vertu de l’art. 9.1, de prouver selon la prépondérance des probabilités que les moyens attaqués sont proportionnels à l’objet qu’on veut atteindre. Il a parlé en outre de l’obligation qu’a le gouvernement d’établir l’absence d’un caractère irrationnel ou arbitraire dans la restriction imposée par la loi ainsi que l’existence d’un lien rationnel entre les moyens employés et la fin poursuivie. D’une manière générale, nous approuvons cette façon d’aborder la

finalité des lois”, which this Court understands to mean the purposes or objects of the law limiting a guaranteed freedom or right, and not the means chosen to attain the purpose or object. What this would mean is that it would be a sufficient justification if the purpose or object of legislation limiting a fundamental freedom or right fell within the general description provided by the words “democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec”. It cannot have been intended that s. 9.1 should confer such a broad and virtually unrestricted legislative authority to limit fundamental freedoms and rights. Rather, it is an implication of the requirement that a limit serve one of these ends that the limit should be rationally connected to the legislative purpose and that the legislative means be proportionate to the end to be served. That is implicit in a provision that prescribes that certain values or legislative purposes may prevail in particular circumstances over a fundamental freedom or right. That necessarily implies a balancing exercise and the appropriate test for such balancing is one of rational connection and proportionality.

B. Whether the Prohibition of the Use of Any Language Other than French by ss. 58 and 69 of the Charter of the French Language is a “Limit” on Freedom of Expression Within the Meaning of s. 1 of the Canadian Charter and s. 9.1 of the Quebec Charter

The respondents contended that ss. 58 and 69 of the *Charter of the French Language* were not subject to justification under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* because they prescribe a denial or negation of freedom of expression rather than a limit on it within the meaning of that provision. In support of this contention they referred to the opinion to this effect of Deschênes C.J. in the Superior Court and of a majority of the Court of Appeal in *Quebec Association of Protestant School Boards v. Procureur général du Québec*, [1982] C.S. 673, at pp. 689-93; [1983] C.A. 77, at p. 78. They submitted

question. Le procureur général du Québec a fait valoir que l’art. 9.1 laisse au législateur une plus grande latitude que l’article premier et autorise seulement un contrôle judiciaire portant sur «la finalité des lois», expression qui, selon la Cour, désignerait les buts ou les objets de la loi qui limite un droit ou une liberté garantis et non les moyens choisis pour réaliser le but ou l’objet. Cela signifie qu’il y aurait une justification suffisante si le but ou l’objet d’une loi limitant une liberté ou un droit fondamentaux relevait de la description générale se dégageant des mots «des valeurs démocratiques, de l’ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec». Il ne se peut pas qu’on ait voulu conférer par l’art. 9.1 un pouvoir législatif aussi large, et presque illimité, de restreindre les libertés et droits fondamentaux. Il s’agit plutôt de l’exigence que la restriction serve un de ces buts, qu’elle ait un lien rationnel avec l’objet législatif et que les moyens employés par le législateur soient proportionnés au but visé. Une telle exigence est implicite dans une disposition prescrivant que certaines valeurs ou certains objets législatifs peuvent dans des circonstances précises prévaloir sur une liberté ou un droit fondamentaux. Cela implique nécessairement la recherche d’un juste équilibre et le critère à suivre pour y parvenir consiste à se demander s’il existe un lien rationnel et s’il y a proportionnalité.

B. L’interdiction de l’emploi d’une langue autre que le français aux art. 58 et 69 de la Charte de la langue française est-elle une restriction de la liberté d’expression au sens de l’article premier de la Charte canadienne et de l’art. 9.1 de la Charte québécoise?

Les intimées ont soutenu que les art. 58 et 69 de la *Charte de la langue française* ne peuvent pas se justifier en vertu de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu’ils prescrivent le déni ou la négation de la liberté d’expression plutôt que d’y apporter une restriction au sens où l’entend l’article premier. Pour étayer cet argument, elles se sont référées à l’opinion du juge en chef Deschênes de la Cour supérieure et à l’opinion majoritaire de la Cour d’appel dans l’affaire *Quebec Association of Protestant School Boards c. Procureur général du Québec*, [1982] C.S. 673, aux pp. 689 à 693; [1983] C.A. 77, à la p. 78.

that while this Court did not rule on the general question whether a denial or negation of a guaranteed right or freedom could be a limit within s. 1, it did not expressly or implicitly disavow the opinion expressed by the Superior Court and the Court of Appeal (*Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66, at p. 78). A similar submission was made with respect to the distinction between the negation of a right or freedom and a limit on it by the respondent in *Irwin Toy*, relying on the judgment of this Court in the *Quebec Association of Protestant School Boards* case. In the case at bar, although Boudreault J. did not allude to this question, Bisson J.A. in the Court of Appeal referred to it, without basing his judgment on it. He said he wondered whether it was even a case where the legislation was susceptible of justification under s. 1 since it was a case of a negation pure and simple of freedom of expression because s. 58 prohibited the use of any language other than French. He said he would be tempted to apply what was said by this Court in *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, *supra*, quoting from the following passage of the Court's judgment at p. 88:

The provisions of s. 73 of *Bill 101* collide directly with those of s. 23 of the *Charter*, and are not limits which can be legitimized by s. 1 of the *Charter*. Such limits cannot be exceptions to the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* nor amount to amendments of the *Charter*. An Act of Parliament or of a legislature which, for example, purported to impose the beliefs of a State religion would be in direct conflict with s. 2(a) of the *Charter*, which guarantees freedom of conscience and religion, and would have to be ruled of no force or effect without the necessity of even considering whether such legislation could be legitimized by s. 1. The same applies to Chapter VIII of *Bill 101* in respect of s. 23 of the *Charter*.

In the *Quebec Association of Protestant School Boards* case, the minority language educational rights created by s. 23 of the Canadian *Charter* were, as the Court observed, of a very specific, special and limited nature, unlike the fundamental rights and freedoms guaranteed by other provisions. They were well defined rights for specific

Suivant la thèse des intimées, si cette Cour n'a pas statué sur la question générale de savoir si le déni ou la négation d'un droit ou d'une liberté garantis peut constituer une restriction aux fins de l'article premier, elle n'a désavoué ni expressément ni implicitement l'opinion de la Cour supérieure et de la Cour d'appel (*Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, à la p. 78). Invoquant l'arrêt *Quebec Association of Protestant School Boards* de cette Cour, l'intimée dans l'affaire *Irwin Toy* a avancé un argument similaire quant à la distinction entre la négation et la restriction d'un droit ou d'une liberté. En l'espèce, le juge Boudreault n'a pas fait allusion à cette question. Le juge Bisson de la Cour d'appel en a parlé, mais sans en faire le fondement de son jugement. Il s'est demandé si c'était même un cas où la loi en question était susceptible de justification en vertu de l'article premier car il s'agissait d'une négation pure et simple de la liberté d'expression puisque l'art. 58 interdisait l'emploi de toute autre langue que le français. À ce qu'affirmait le juge Bisson, il avait été tenté d'appliquer ce que cette Cour avait dit dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, précité, dont il a cité l'extrait suivant, à la p. 88 de l'arrêt de la Cour:

Les dispositions de l'art. 73 de la *Loi 101* heurtent de front celles de l'art. 23 de la *Charte* et ne sont pas des restrictions qui peuvent être légitimées par l'art. 1 de la *Charte*. Ces restrictions ne peuvent être des dérogations aux droits et libertés garantis par la *Charte* ni équivaloir à des modifications de la *Charte*. Une loi du Parlement ou d'une législature qui par exemple prétendrait imposer les croyances d'une religion d'État entrerait en conflit direct avec l'al. 2a) de la *Charte* qui garantit la liberté de conscience et de religion, et devrait être déclarée inopérante sans qu'il y ait même lieu de se demander si une telle loi est susceptible d'être légitimée par l'art. 1. Il en va de même pour le chapitre VIII de la *Loi 101* vis-à-vis de l'art. 23 de la *Charte*.

Dans l'affaire *Quebec Association of Protestant School Boards*, les droits à l'instruction dans la langue de la minorité garantis par l'art. 23 de la *Charte* canadienne revêtaient, comme l'a fait remarquer la Cour, un caractère très précis, particulier et limité, à la différence des libertés et droits fondamentaux garantis par d'autres dispositions. Il

classes of persons. In the opinion of the Court, the effect of ss. 72 and 73 of Bill 101 was to create an exception to s. 23 for Quebec, that is, to make it inapplicable as a whole in Quebec. There was thus what amounted to a complete denial in Quebec of the rights created by s. 23. The extent of the denial was co-extensive with the potential exercise of the very specific and limited rights created by s. 23. Such an exception to s. 23, as the Court characterized it, was tantamount to an impermissible attempt to override or amend s. 23. An exception of such effect could not be a limit within the meaning of s. 1 of the *Charter*. Thus in so far as the distinction between a complete denial of a right or freedom and a limitation of it is concerned, the *Quebec Association of Protestant School Boards* is a rather unique example of a truly complete denial of guaranteed rights — a denial that is co-extensive with the complete scope of the potential exercise of the rights. The decision is thus not authority for the proposition that where the effect of a legislative provision is to deny or prohibit the exercise of a guaranteed right or freedom in a limited area of its potential exercise that provision cannot be a limit on the right or freedom subject to justification under s. 1.

In the opinion of this Court, apart from the rare case of a truly complete denial of a guaranteed right or freedom in the sense indicated above, the distinction between the negation of a right or freedom and the limitation of it is not a sound basis for denying the application of s. 1 of the *Charter*. Many, if not most, legislative qualifications of a right or freedom in a particular area of its potential exercise will amount to a denial of the right or freedom to that limited extent. If this effect were to mean that s. 1 could have no application in such a case, the section could have little application in practice. On the other hand, the distinction between a limit that permits no exercise of a guaranteed right or freedom in a limited area of its potential exercise and one that permits a qualified exercise of it may be relevant to the application of the test of proportionality under s. 1. That was the sense in which Wilson J. was applying the distinction between a complete denial of a right or freedom and a limitation of it

s'agissait de droits bien définis qu'on reconnaissait à des catégories déterminées de personnes. De l'avis de la Cour, les art. 72 et 73 de la Loi 101 avaient pour effet de créer, pour le Québec, une exception à l'art. 23, c'est-à-dire de le rendre entièrement inapplicable dans l'ensemble du Québec. Il y avait donc dans cette province négation totale des droits garantis par l'art. 23. L'effet des art. 72 et 73 était d'annuler la possibilité d'exercer les droits très précis et limités énoncés à l'art. 23. Une telle restriction, selon la Cour, équivalait à une tentative inadmissible de passer outre à l'art. 23 ou de le modifier. Or, une dérogation ayant cet effet ne pourrait être une restriction au sens envisagé à l'article premier de la *Charte*. Donc, en ce qui concerne la distinction entre une négation totale d'un droit ou d'une liberté et une restriction qu'on y apporte, l'arrêt *Quebec Association of Protestant School Boards* représente un exemple assez unique de négation totale de droits garantis, car la négation correspond à tout l'ensemble du champ d'application des droits en question. Cet arrêt n'établit donc pas la proposition selon laquelle ne pourrait être justifiée en vertu de l'article premier une disposition législative ayant pour effet d'interdire, dans un champ limité, l'exercice d'un droit ou d'une liberté garantis.

La Cour estime que, mise à part la situation rare d'une négation complète d'un droit ou d'une liberté garantis comme dans l'exemple qui précède, on ne saurait à bon droit se fonder sur la distinction entre la négation et la restriction d'un droit ou d'une liberté pour refuser d'appliquer l'article premier de la *Charte*. Un bon nombre, sinon la plupart, des restrictions apportées par le législateur à un droit ou à une liberté, dans un domaine particulier où il pourrait être exercé constituerait, dans la mesure du domaine visé, une négation de ce droit ou de cette liberté. S'il devait en résulter que l'article premier ne s'applique pas dans un tel cas, il n'aurait en pratique qu'une application extrêmement limitée. Par ailleurs, la distinction entre une restriction qui interdit l'exercice d'un droit ou d'une liberté garantis dans un domaine limité où il pourrait être exercé et une restriction qui permet un exercice restreint peut être pertinente pour l'application du critère de proportionnalité en vertu de l'article premier. C'est dans ce sens-là que

in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, when she said at p. 183: "Section 251 of the *Criminal Code* takes the decision away from the woman at all stages of her pregnancy. It is a complete denial of the woman's constitutionally protected right under s. 7, not merely a limitation on it. It cannot, in my opinion, meet the proportionality test in *Oakes*. It is not sufficiently tailored to the legislative objective and does not impair the woman's right "as little as possible". It cannot be saved under s. 1."

C. The Admissibility of the s. 1 and s. 9.1 Materials Submitted in Justification of the Limit Imposed on Freedom of Expression by ss. 58 and 69 of the Charter of the French Language

In the Superior Court, the Attorney General of Quebec did not offer material in justification under s. 1 of the Canadian *Charter* or s. 9.1 of the Quebec *Charter*, presumably on the assumption that s. 2(b) did not apply by reason of the override provision in s. 214 of the *Charter of the French Language* and that s. 3 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* did not yet take precedence over s. 58 of the *Charter of the French Language*. Moreover, at the time the case was heard in the Superior Court this Court had not yet given the indication of the nature of the onus on the government under s. 1 of the Canadian *Charter*, beginning with the observations in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, at pp. 383-84, *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, at p. 169, and *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 217, and culminating in the analysis of the onus under s. 1 to be found in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, and *R. v. Oakes*, *supra*.

In the Court of Appeal the Attorney General of Quebec attached to his factum certain material of a justificatory nature which Bisson J.A. referred to

le juge Wilson, dans l'affaire *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, a appliqué la distinction entre la négation totale d'un droit ou d'une liberté et une limitation qui y est apportée quand elle a dit, à la p. 183: «L'article 251 du *Code criminel* enlève cette décision à la femme à tous les stades de la grossesse. C'est une dénégation complète du droit constitutionnellement garanti à la femme par l'art. 7, non une simple limitation de celui-ci. L'article ne saurait, à mon avis, répondre au critère de proportionnalité de l'arrêt *Oakes*. Il n'est pas suffisamment adapté à l'objectif législatif et ne porte pas atteinte au droit de la femme «le moins possible». Il ne saurait être sauvegardé en vertu de l'article premier.»

C. L'admissibilité des documents produits aux fins de l'article premier et de l'art. 9.1 pour justifier la restriction imposée à la liberté d'expression par les art. 58 et 69 de la Charte de la langue française

En Cour supérieure, le procureur général du Québec, tenant probablement pour acquis que l'al. 2b) ne s'appliquait pas en raison de la disposition dérogatoire de l'art. 214 de la *Charte de la langue française* et que l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec n'avait pas encore préséance sur l'art. 58 de la *Charte de la langue française*, n'a produit aucun document justificatif, ni aux fins de l'article premier de la *Charte* canadienne ni aux fins de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise. De plus, à l'époque où l'affaire a été entendue par la Cour supérieure, cette Cour n'avait pas encore donné d'indications quant à la nature du fardeau incombant au gouvernement en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne, ce qu'elle a fait d'abord dans des observations figurant dans *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, aux pp. 383 et 384, *Hunter c. Southam Inc.*, précité, à la p. 169, et *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la p. 217, et finalement dans l'analyse du fardeau imposé par l'article premier qu'on trouve dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, et *R. c. Oakes*, précité.

Devant la Cour d'appel, le procureur général du Québec a annexé à son mémoire certains documents de caractère justificatif que le juge Bisson a

as linguistic and sociological studies from Quebec and elsewhere and which the respondents describe in their factum in this Court as “numerous sociological, demographic and linguistic studies.” The respondents moved to have this material struck from the record as not being in conformity with art. 507 of the *Code of Civil Procedure* and art. 10 of the Rules of Practice of the Court of Appeal respecting the parts of the record that must be attached to or form part of a factum. The ground of attack was presumably that the material did not form part of the record before the trial judge. The motion to strike was taken under reserve by the Court of Appeal but was never ruled on. Bisson J.A. held that even if the material were considered it would not justify the infringement of freedom of expression by the prohibition of the use of any language other than French.

It is not clear whether the justificatory material submitted by the Attorney General of Quebec in this Court includes only the items that were before the Court of Appeal or whether it includes other items. The respondents say that the Attorney General of Quebec attached to his factum in the Court of Appeal the studies which “are also referred to” in his factum in this Court. The Attorney General of Canada states that the material submitted by the Attorney General of Quebec in this Court consists of some but not all of the studies submitted in the Court of Appeal, as well as additional studies.

The material appended to the factum of the Attorney General of Quebec consists of general studies on sociolinguistics and language planning and articles, reports and statistics indicating the position of the French language in Quebec and Canada that is said to have given rise to and to justify the language planning policy reflected in the *Charter of the French Language* and earlier Quebec legislation having the same general purpose. The Attorney General of Quebec did not make an application for admission of the s. 1 and

appelés des études linguistiques et sociologiques du Québec et d’ailleurs, et que les intimées décrivent dans le mémoire produit en cette Cour comme [TRADUCTION] «de nombreuses études sociologiques, démographiques et linguistiques». Les intimées ont présenté une requête visant à obtenir la radiation de ces documents du dossier parce qu’ils n’étaient pas conformes à l’art. 507 du *Code de procédure civile* ni à l’art. 10 des Règles de pratique de la Cour d’appel, dispositions qui traitent des parties du dossier qui doivent être jointes au mémoire ou y être incluses. On peut supposer que les intimées ont invoqué comme moyen que les documents en question n’avaient pas été produits devant le juge de première instance. La Cour d’appel a réservé sa décision sur la requête en radiation mais elle ne s’est jamais prononcée. Le juge Bisson a dit que, même si on avait tenu compte des documents, ils n’auraient pas justifié l’atteinte à la liberté d’expression par l’interdiction de se servir d’une langue autre que le français.

On ne sait pas au juste si les documents justificatifs que le procureur général du Québec a présentés devant cette Cour comprennent seulement les documents produits devant la Cour d’appel ou s’ils en incluent d’autres. D’après les intimées, le procureur général du Québec a joint au mémoire qu’il a produit en Cour d’appel les études qui [TRADUCTION] «sont également mentionnées» dans le mémoire qu’il a déposé en cette Cour. Le procureur général du Canada pour sa part affirme que les documents produits par le procureur général du Québec en cette Cour se composent d’une partie, mais non de la totalité, des études présentées devant la Cour d’appel auxquelles d’autres études ont été ajoutées.

Les documents annexés au mémoire du procureur général du Québec consistent en des études générales de sociolinguistique et de planification linguistique auxquelles s’ajoutent des articles, des rapports et des statistiques décrivant la situation de la langue française au Québec et au Canada, situation qui aurait inspiré et justifierait la politique de planification linguistique qui se reflète dans la *Charte de la langue française* ainsi que dans les lois québécoises antérieures visant le même but général. Le procureur général du Québec n’a pas

s. 9.1 materials as evidence pursuant to s. 67 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19. In his submission, he took the position that the material was not evidence in the strict sense but referred to legislative facts of which the Court could take judicial notice. The respondents in this appeal did not strenuously renew their objection to the admission and consideration of the s. 1 and s. 9.1 materials, but came to Court prepared with submissions concerning the effect of the material. They submitted that, assuming the material properly formed part of the record, it did not justify the limit imposed on freedom of expression by ss. 58 and 69 of the *Charter of the French Language*. They conceded that the material showed that the purpose of the challenged legislation was of sufficient importance to warrant an interference with a guaranteed freedom but submitted that it did not satisfy the proportionality test. Thus the respondents, while suggesting that the material was not properly before the Court, argued the merits of the material in relation to the appropriate test under s. 1 and s. 9.1. The appellant Singer in the *Devine* appeal took strenuous objection to the suggestion that the Court should take judicial notice of the statistical material concerning the relative position of the French and English languages and the francophone and anglophone communities in Quebec, particularly in recent years. It submitted that some of the statistical material was biased or misleading and referred to other statistical analysis which in its submission conveyed a more accurate picture. Like the respondents in this appeal, the appellant Singer in *Devine* argued that the materials submitted by the Attorney General of Quebec did not satisfy the onus under s. 1.

In view of the fact that the parties did not appear to be taken by surprise or placed at an unfair disadvantage by the submission of the s. 1 and s. 9.1 materials in this Court, but showed

présenté de demande tendant à obtenir que les documents se rapportant à l'article premier et à l'art. 9.1 soient admis en preuve en vertu de l'art. 67 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19. Il a soutenu devant cette Cour que les documents en question ne constituaient pas une preuve au sens strict mais renvoyaient plutôt à des faits législatifs dont la Cour pouvait prendre connaissance d'office. Les intimées dans ce pourvoi n'ont pas renouvelé très énergiquement leur objection quant à l'admission et à l'examen des documents se rapportant à l'article premier et à l'art. 9.1, mais elles se sont munies d'arguments concernant l'effet de ces documents. Elles ont soutenu que, dans l'hypothèse où les documents feraient légitimement partie du dossier, ils ne justifieraient pas la restriction imposée à la liberté d'expression par les art. 58 et 69 de la *Charte de la langue française*. Elles ont convenu que, d'après les documents, l'objet de la loi contestée revêtait une importance suffisante pour justifier une atteinte à une liberté garantie, mais elles ont allégué que cette loi ne satisfaisait pas au critère de proportionnalité. Ainsi, les intimées, tout en prétendant que les documents n'avaient pas été légitimement produits devant la Cour, ont avancé des arguments relatifs à la valeur de ces documents eu égard au critère applicable aux fins de l'article premier et de l'art. 9.1. L'appelante Singer dans l'affaire *Devine* a contesté énergiquement l'idée que la Cour puisse prendre connaissance d'office des données statistiques concernant la situation relative des langues française et anglaise et des communautés francophone et anglophone au Québec, en particulier les statistiques les plus récentes. Selon elle, certaines des données en question traduisaient un parti pris ou tendaient à induire en erreur. Elle s'est en outre référée à d'autres analyses statistiques qui, selon elle, correspondaient davantage à la réalité. Comme les intimées dans le présent pourvoi, l'appelante Singer dans l'affaire *Devine* a soutenu que les documents produits par le procureur général du Québec ne constituaient pas une preuve suffisante aux fins de cet article.

Étant donné que les parties paraissent ne pas avoir été prises au dépourvu ni désavantagées d'une manière inéquitable par la production en cette Cour des documents se rapportant à l'article

themselves fully prepared to argue the merits of the material, which they did, this Court is of the opinion that the material should be considered as properly before the Court and should be considered by it. The material is of the kind that has been invited and considered by the Court in other cases involving the application of s. 1 of the *Charter*, without having been subjected to the evidentiary testing of the adversary process. It is material that is treated similarly to treatises and articles in other judicial contexts. Due regard should be given, however, to the submissions of the appellant Singer in *Devine* concerning some of the statistical material.

D. Whether the s. 1 and s. 9.1 Materials Justify the Prohibition of the Use of Any Language Other than French

The section 1 and s. 9.1 materials consist of some fourteen items ranging in nature from the general theory of language policy and planning to statistical analysis of the position of the French language in Quebec and Canada. The material deals with two matters of particular relevance to the issue in the appeal: (a) the vulnerable position of the French language in Quebec and Canada, which is the reason for the language policy reflected in the *Charter of the French Language*; and (b) the importance attached by language planning theory to the role of language in the public domain, including the communication or expression by language contemplated by the challenged provisions of the *Charter of the French Language*. As to the first, the material amply establishes the importance of the legislative purpose reflected in the *Charter of the French Language* and that it is a response to a substantial and pressing need. Indeed, this was conceded by the respondents both in the Court of Appeal and in this Court. The vulnerable position of the French language in Quebec and Canada was described in a series of reports by commissions of inquiry beginning with the Report of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism in 1969 and continuing with the Parent Commission and the Gendron Commission. It is reflected in statistics referred to in these reports and in later studies forming part of the

premier et à l'art. 9.1 et qu'en plus, elles s'étaient bien préparées à débattre la valeur de ces documents et l'ont fait, la Cour estime qu'il convient de les considérer comme régulièrement présentés devant la Cour et de les examiner. Il s'agit en fait de documents du même genre que ceux dont la Cour a demandé la production et qu'elle a examinés dans d'autres affaires concernant l'application de l'article premier de la *Charte*, sans qu'ils aient été soumis à l'épreuve des débats contradictoires. Il s'agit de documents qui sont examinés de la même manière que le sont des traités et des articles dans d'autres contextes judiciaires. Il faut néanmoins tenir compte des moyens soulevés par l'appelante Singer dans l'affaire *Devine* sur certaines des données statistiques.

D. Les documents se rapportant à l'article premier et à l'art. 9.1 justifient-ils l'interdiction de l'usage d'une langue autre que le français?

Les documents se rapportant à l'article premier et à l'art. 9.1 sont au nombre de quatorze et traitent de toute une gamme de sujets depuis la théorie générale de la politique et de la planification linguistiques jusqu'à l'analyse statistique de la situation de la langue française au Québec et au Canada. Les documents traitent de deux points particulièrement pertinents en l'espèce: a) la vulnérabilité de la langue française au Québec et au Canada, qui a motivé la politique linguistique reflétée dans la *Charte de la langue française*; et b) l'importance qu'attache la théorie de la planification linguistique au rôle de la langue dans les affaires publiques, notamment en ce qui concerne la communication ou l'expression linguistique qu'envisagent les dispositions contestées de la *Charte de la langue française*. Quant au premier point, les documents établissent amplement l'importance de l'objet législatif de la *Charte de la langue française* et le fait qu'elle est destinée à répondre à un besoin réel et urgent. Les intimées l'ont d'ailleurs concédé tant devant la Cour d'appel qu'en cette Cour. La vulnérabilité de la langue française au Québec et au Canada a été décrite dans une série de rapports de commissions d'enquête, tout d'abord dans le rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme de 1969 puis dans les rapports de la commission Parent et de la commission Gendron.

materials, with due adjustment made in the light of the submissions of the appellant Singer in *Devine* with respect to some of the later statistical material. The causal factors for the threatened position of the French language that have generally been identified are: (a) the declining birth rate of Quebec francophones resulting in a decline in the Quebec francophone proportion of the Canadian population as a whole; (b) the decline of the francophone population outside Quebec as a result of assimilation; (c) the greater rate of assimilation of immigrants to Quebec by the anglophone community of Quebec; and (d) the continuing dominance of English at the higher levels of the economic sector. These factors have favoured the use of the English language despite the predominance in Quebec of a francophone population. Thus, in the period prior to the enactment of the legislation at issue, the “visage linguistique” of Quebec often gave the impression that English had become as significant as French. This “visage linguistique” reinforced the concern among francophones that English was gaining in importance, that the French language was threatened and that it would ultimately disappear. It strongly suggested to young and ambitious francophones that the language of success was almost exclusively English. It confirmed to anglophones that there was no great need to learn the majority language. And it suggested to immigrants that the prudent course lay in joining the anglophone community. The aim of such provisions as ss. 58 and 69 of the *Charter of the French Language* was, in the words of its preamble, “to see the quality and influence of the French language assured”. The threat to the French language demonstrated to the government that it should, in particular, take steps to assure that the “visage linguistique” of Quebec would reflect the predominance of the French language.

The section 1 and s. 9.1 materials establish that the aim of the language policy underlying the *Charter of the French Language* was a serious and legitimate one. They indicate the concern about the survival of the French language and the per-

Cette vulnérabilité se reflète dans les statistiques soumises et dans les études ultérieures qui font partie des documents en cause, avec toutefois les ajustements qui s'imposent pour tenir compte des moyens soulevés par l'appelante Singer dans l'affaire *Devine* au sujet de certaines données statistiques plus récentes. La menace qui pèse sur la langue française est généralement imputée aux facteurs suivants: a) la baisse du taux de natalité chez les francophones du Québec qui entraîne une diminution de la proportion des francophones du Québec par rapport à l'ensemble de la population du Canada; b) la diminution de la population francophone hors Québec par suite de l'assimilation; c) le taux supérieur d'assimilation des immigrants au Québec par la communauté anglophone du Québec; et d) le fait que l'anglais a toujours dominé aux plus hauts échelons du secteur économique. Ces facteurs ont favorisé l'emploi de la langue anglaise en dépit de la prédominance de la population francophone au Québec. Donc, au cours de la période qui a précédé l'adoption de la loi en cause, le «visage linguistique» du Québec donnait souvent l'impression que l'anglais était devenu aussi important que le français. Ce «visage linguistique» a renforcé chez les francophones la crainte que l'anglais gagne en importance, que la langue française soit menacée et qu'elle finisse par disparaître. Il semblait indiquer aux jeunes francophones que la langue du succès était presque exclusivement l'anglais et confirmait pour les anglophones qu'il n'était pas vraiment nécessaire d'apprendre la langue de la majorité. Cela pouvait en outre amener les immigrants à penser qu'il était plus sage de s'intégrer à la collectivité anglophone. Le but de dispositions comme les art. 58 et 69 de la *Charte de la langue française* était, comme le dit le préambule, d'«assurer la qualité et le rayonnement de la langue française». La menace pesant sur la langue française a convaincu le gouvernement qu'il devait notamment prendre les mesures nécessaires pour que le «visage linguistique» du Québec reflète la prédominance du français.

Il ressort des documents se rapportant à l'article premier et à l'art. 9.1 que la politique linguistique sous-tendant la *Charte de la langue française* vise un objectif important et légitime. Ils révèlent les inquiétudes à l'égard de la survie de la langue

ceived need for an adequate legislative response to the problem. Moreover, they indicate a rational connection between protecting the French language and assuring that the reality of Quebec society is communicated through the “*visage linguistique*”. The section 1 and s. 9.1 materials do not, however, demonstrate that the requirement of the use of French only is either necessary for the achievement of the legislative objective or proportionate to it. That specific question is simply not addressed by the materials. Indeed, in his factum and oral argument the Attorney General of Quebec did not attempt to justify the requirement of the exclusive use of French. He concentrated on the reasons for the adoption of the *Charter of the French Language* and the earlier language legislation, which, as was noted above, were conceded by the respondents. The Attorney General of Quebec relied on what he referred to as the general democratic legitimacy of Quebec language policy without referring explicitly to the requirement of the exclusive use of French. In so far as proportionality is concerned, the Attorney General of Quebec referred to the American jurisprudence with respect to commercial speech, presumably as indicating the judicial deference that should be paid to the legislative choice of means to serve an admittedly legitimate legislative purpose, at least in the area of commercial expression. He did, however, refer in justification of the requirement of the exclusive use of French to the attenuation of this requirement reflected in ss. 59 to 62 of the *Charter of the French Language* and the regulations. He submitted that these exceptions to the requirement of the exclusive use of French indicate the concern for carefully designed measures and for interfering as little as possible with commercial expression. The qualifications of the requirement of the exclusive use of French in other provisions of the *Charter of the French Language* and the regulations do not make ss. 58 and 69 any less prohibitions of the use of any language other than French as applied to the respondents. The issue is whether any such prohibition is justified. In the opinion of this Court it has not been demonstrated that the prohibition of the use of any language

française et le besoin ressenti d'une solution législative à ce problème. De plus, ces documents montrent le lien rationnel qui existe entre le fait de protéger la langue française et le fait d'assurer que la réalité de la société québécoise se reflète dans le «visage linguistique». Toutefois, les documents se rapportant à l'article premier et à l'art. 9.1 n'établissent pas que l'exigence de l'emploi exclusif du français est nécessaire pour atteindre l'objectif législatif ni qu'elle est proportionnée à cet objectif. Cette question précise n'est même pas abordée dans les documents. En fait, dans son mémoire et dans ses arguments oraux, le procureur général du Québec n'a pas tenté de justifier l'exigence de l'emploi exclusif du français. Il a plutôt insisté sur les motifs de l'adoption de la *Charte de la langue française* et de la législation antérieure en matière linguistique, motifs qui, il faut le répéter, ne sont pas contestés par les intimés. Le procureur général du Québec s'est appuyé sur ce qu'il a appelé la légitimité démocratique générale de la politique linguistique du Québec, sans mentionner expressément l'exigence de l'emploi exclusif du français. Sur la question de la proportionnalité, le procureur général du Québec s'est référé à la jurisprudence américaine traitant du discours commercial pour démontrer sans doute que les tribunaux devaient respecter le choix fait par le législateur quant aux moyens à employer pour atteindre, du moins dans le domaine de l'expression commerciale, un objectif législatif dont la légitimité est reconnue. Il a toutefois mentionné, au titre de la justification de l'exigence de l'emploi exclusif du français, les «assouplissements» qu'y apportent les art. 59 à 62 de la *Charte de la langue française* et ses règlements d'application. Le procureur général a fait valoir que ces exceptions à l'exigence de l'emploi exclusif du français traduisent le souci de prendre des mesures bien conçues et d'intervenir le moins possible en matière d'expression commerciale. Si d'autres dispositions de la *Charte de la langue française* et de son règlement d'application viennent restreindre la portée de l'exigence de l'emploi exclusif du français, les art. 58 et 69 n'en interdisent pas moins l'emploi d'une langue autre que le français lorsqu'ils s'appliquent, par exemple, dans

other than French in ss. 58 and 69 of the *Charter of the French Language* is necessary to the defence and enhancement of the status of the French language in Quebec or that it is proportionate to that legislative purpose. Since the evidence put to us by the government showed that the predominance of the French language was not reflected in the “visage linguistique” of Quebec, the governmental response could well have been tailored to meet that specific problem and to impair freedom of expression minimally. Thus, whereas requiring the predominant display of the French language, even its marked predominance, would be proportional to the goal of promoting and maintaining a French “visage linguistique” in Quebec and therefore justified under the Quebec *Charter* and the Canadian *Charter*, requiring the exclusive use of French has not been so justified. French could be required in addition to any other language or it could be required to have greater visibility than that accorded to other languages. Such measures would ensure that the “visage linguistique” reflected the demography of Quebec: the predominant language is French. This reality should be communicated to all citizens and non-citizens alike, irrespective of their mother tongue. But exclusivity for the French language has not survived the scrutiny of a proportionality test and does not reflect the reality of Quebec society. Accordingly, we are of the view that the limit imposed on freedom of expression by s. 58 of the *Charter of the French Language* respecting the exclusive use of French on public signs and posters and in commercial advertising is not justified under s. 9.1 of the Quebec *Charter*. In like measure, the limit imposed on freedom of expression by s. 69 of the *Charter of the French Language* respecting the exclusive use of the French version of a firm name is not justified under either s. 9.1 of the Quebec *Charter* or s. 1 of the Canadian *Charter*.

le cas des intimées. Nous devons donc décider si une telle interdiction est justifiée. La Cour pense qu'il n'a pas été démontré que l'interdiction, par les art. 58 et 69, de l'emploi d'une langue autre que le français est nécessaire pour défendre et pour améliorer la situation de la langue française au Québec ni qu'elle est proportionnée à cet objectif législatif. Puisque la preuve soumise par le gouvernement indique que la prédominance de la langue française ne se reflétait pas dans le «visage linguistique» du Québec, les mesures prises par le gouvernement auraient pu être conçues spécifiquement pour régler ce problème précis tout en restreignant le moins possible la liberté d'expression. Alors qu'exiger que la langue française prédomine, même nettement, sur les affiches et les enseignes serait proportionnel à l'objectif de promotion et de préservation d'un «visage linguistique» français au Québec et serait en conséquence justifié en vertu des *Chartes* québécoise et canadienne, l'obligation d'employer exclusivement le français n'a pas été justifiée. On pourrait exiger que le français accompagne toute autre langue ou l'on pourrait exiger qu'il soit plus en évidence que d'autres langues. De telles mesures permettraient que le «visage linguistique» reflète la situation démographique du Québec où la langue prédominante est le français. Cette réalité devrait être communiquée à tous, citoyens et non-citoyens, quelle que soit leur langue maternelle. Cependant, l'usage exclusif du français ne résiste pas à l'examen fondé sur le critère de la proportionnalité et ne reflète pas la réalité de la société québécoise. En conséquence, nous estimons que la restriction imposée à la liberté d'expression par l'art. 58 de la *Charte de la langue française*, en ce qui concerne l'usage exclusif du français pour l'affichage public et la publicité commerciale, n'est pas justifiée en vertu de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise. De la même manière, la restriction imposée à la liberté d'expression par l'art. 69 de la *Charte de la langue française*, en ce qui concerne l'utilisation exclusive de la raison sociale en langue française, n'est pas justifiée, ni en vertu de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise ni en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne.

X

Do Sections 58 and 69 of the *Charter of the French Language* Infringe the Guarantee Against Discrimination Based on Language in s. 10 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*?

In view of the above conclusion it is not necessary to the disposition of the appeal that the Court should pronounce on the contention of the respondents that ss. 58 and 69 of the *Charter of the French Language* are inoperative as infringing the guarantee against discrimination based on language in s. 10 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*. In view, however, of the fact that this issue is also raised in the *Devine* appeal and the Superior Court and the Court of Appeal addressed it in both cases it is probably desirable that this Court should do so as well because of the general importance of the question.

For convenience s. 10 of the Quebec *Charter* is quoted again:

10. Every person has a right to full and equal recognition and exercise of his human rights and freedoms, without distinction, exclusion or preference based on race, colour, sex, pregnancy, sexual orientation, civil status, age except as provided by law, religion, political convictions, language, ethnic or national origin, social condition, a handicap or the use of any means to palliate a handicap.

Discrimination exists where such a distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing such right.

Before considering the application of this provision to the challenged provisions of the *Charter of the French Language* it should be noted that the saving provision of s. 9.1 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* does not apply to an infringement of s. 10. That is the necessary conclusion as to legislative intent to be drawn from the position of s. 9.1 as the last of the provisions in Chapter I, entitled "Fundamental Freedoms and Rights", of the *Charter of Human Rights and Freedoms*. Section 10 is in another chapter, Chapter I.1, entitled "Right to Equal Recognition and Exercise of Rights and Freedoms". There is no similar saving provision for infringement of the rights guaranteed by that chapter.

X

Les articles 58 et 69 de la *Charte de la langue française* violent-ils la garantie contre la discrimination fondée sur la langue, énoncée à l'art. 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec?

Compte tenu de la conclusion qui précède, il n'est pas nécessaire en l'espèce que la Cour se prononce sur l'argument des intimées suivant lequel les art. 58 et 69 de la *Charte de la langue française* sont inopérants parce qu'ils violent la garantie contre la discrimination fondée sur la langue, énoncée à l'art. 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. Étant donné toutefois que cette question est également soulevée dans le pourvoi *Devine* et qu'elle a été abordée par la Cour supérieure et par la Cour d'appel dans ces deux pourvois, cette Cour devrait l'étudier aussi vu l'importance générale de la question.

Voici de nouveau le texte de l'art. 10 de la *Charte* québécoise:

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

Avant d'aborder la question de l'application de cet article aux dispositions contestées de la *Charte de la langue française*, il faut signaler que la disposition d'exception de l'art. 9.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec ne s'applique pas à une violation de l'art. 10. C'est ce qui découle nécessairement, quant à l'intention du législateur, du fait que l'art. 9.1 est la dernière disposition du chapitre I, intitulé «Libertés et droits fondamentaux», de la *Charte des droits et libertés de la personne*. L'article 10 se trouve dans un autre chapitre, soit le chapitre I.1, qui s'intitule «Droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés». Or, il n'existe pas de disposition d'exception analogue dans le cas d'une atteinte aux droits garantis par ce dernier chapitre.

In the case at bar the disposition of the s. 10 issue in the Superior Court and the Court of Appeal was based, as indicated in Part III of these reasons, on what was said concerning this issue by those courts in *Devine v. Procureur général du Québec*, *supra*. In *Devine*, Dugas J. in the Superior Court rejected the contention based on s. 10 of the *Charter of the French Language* on the ground that s. 58 of the *Charter of the French Language* did not on its face create a distinction based on language within the meaning of s. 10. As he put it, s. 58 applied to everyone regardless of their language of use. He conceded that s. 58 imposed a greater burden on anglophones by preventing them from using English, but he held that because s. 58 applied to everyone it did not constitute discrimination against anglophones based on their language. In the case at bar, Boudreault J. adopted the conclusion of Dugas J. on this issue for reasons given by him. On the appeal from his judgment, Bisson J.A. rejected the contention based on s. 10 for the reasons given by him in the Court of Appeal in *Devine*. There he held that s. 58 did not create a distinction based on language within the meaning of s. 10 because it placed everyone desiring to use public signs and posters and commercial advertising on the same footing, by which he must have meant that it applied to all regardless of their language of use, which was the reason given by Dugas J. for rejecting the contention based on s. 10. He acknowledged that non-francophones would be subject to greater inconveniences than others as a result of s. 58 but he held that was not the criterion as to whether the provision created a distinction based on language within the meaning of s. 10. Section 58 did not on its face impose restrictions based on language on one group that it did not impose on others. There was therefore in his opinion no direct discrimination. Thus Bisson J.A. held that the question whether a challenged provision creates a distinction based on a prohibited ground within the meaning of s. 10 is to be determined on the basis of the concept of direct discrimination. He did, however, go on to consider, in view of the judgments of this Court in *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, and *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*,

En l'espèce, la Cour supérieure et la Cour d'appel ont tranché la question de l'art. 10 en se basant, comme l'indique la partie III des présents motifs, sur ce que ces mêmes cours avaient dit dans l'affaire *Devine c. Procureur général du Québec*, précitée. Dans l'affaire *Devine*, le juge Dugas de la Cour supérieure a rejeté l'argument fondé sur l'art. 10 de la *Charte québécoise* pour le motif que l'art. 58 de la *Charte de la langue française* ne créait pas, à première vue, une distinction fondée sur la langue au sens de l'art. 10. Selon lui, l'art. 58 s'appliquait à tous indépendamment de leur langue usuelle. Il a concédé que l'art. 58 imposait un fardeau plus lourd aux anglophones en leur interdisant l'usage de l'anglais, mais il a conclu que, puisque l'art. 58 s'appliquait à tout le monde, il ne constituait pas une discrimination contre les anglophones fondée sur leur langue. Dans la présente instance, le juge Boudreault a souscrit à l'opinion du juge Dugas sur cette question. En appel, le juge Bisson a rejeté le moyen fondé sur l'art. 10 pour les motifs qu'il avait lui-même donnés en Cour d'appel dans l'affaire *Devine*. Dans cette dernière affaire, il avait conclu que l'art. 58 ne créait pas une distinction fondée sur la langue au sens de l'art. 10 parce qu'il mettait sur un pied d'égalité toutes les personnes qui voulaient faire de l'affichage public et de la publicité commerciale. Il a probablement voulu dire par là que l'art. 58 s'appliquait à tous indépendamment de leur langue usuelle, ce qui est précisément la raison qu'avait donnée le juge Dugas pour repousser l'argument basé sur l'art. 10. Le juge Bisson a convenu que l'art. 58 présente plus d'inconvénients pour les non-francophones que pour les francophones, mais a indiqué que ce n'était pas le critère à retenir pour déterminer si la disposition créait une distinction fondée sur la langue au sens de l'art. 10. Le texte de l'art. 58 n'imposait pas à un groupe particulier des restrictions d'ordre linguistique qu'il n'imposait pas à d'autres. À son avis, il n'y avait donc pas de discrimination directe. En conséquence, il a conclu que la question de savoir si une disposition contestée établit une distinction fondée sur un motif interdit par l'art. 10 doit être tranchée en fonction de la notion de discrimination directe. Il a toutefois examiné, à la lumière des arrêts rendus par

[1985] 2 S.C.R. 561, the application of the concept of adverse effect or indirect discrimination to the question whether s. 58 constituted discrimination based on language within the meaning of s. 10. After considering the judgments in *O'Malley* and *Bhinder* Bisson J.A. concluded that the concept of adverse effect discrimination did not require that the offending provision be annulled but only that there be reasonable accommodation of the persons adversely affected. He concluded that the *Charter of the French Language* and the *Regulation respecting the language of commerce and business* made the necessary accommodation by the exceptions to the requirement of exclusive use of French in s. 58. In any event, he observed that the appellants in *Devine* did not seek accommodation but rather, on the basis of direct discrimination, that the challenged provisions be annulled. The reasons of Bisson J.A. in *Devine* lead to the conclusion that the concept of direct discrimination and not that of adverse effect or indirect discrimination is to be applied in determining whether there is a distinction based on a prohibited ground within the meaning of s. 10.

In its recent judgment in *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90, this Court had to consider the application of s. 10 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms* to certain provisions of the regulations adopted by the Office de la langue française respecting the knowledge of the official language necessary to obtain a permit from a professional corporation. Lamer J., delivering the judgment of the majority of the Court, stated the requirements for a finding of discrimination under s. 10 as follows (at p. 98):

It appears from s. 10 of the *Charter* and the decision in *Johnson v. Commission des affaires sociales*, [1984] C.A. 61, with which I agree on this point, that three elements are necessary to establish discrimination: (1) a

cette Cour dans les affaires *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, et *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561, l'applicabilité du concept de discrimination par suite d'un effet préjudiciable ou de discrimination indirecte à la question de savoir si l'art. 58 constitue une discrimination fondée sur la langue au sens de l'art. 10. Ayant étudié les arrêts *O'Malley* et *Bhinder*, le juge Bisson a conclu que la notion de discrimination par suite d'un effet préjudiciable n'exigeait pas que la disposition attaquée soit annulée mais seulement qu'on fasse ce qui est raisonnable pour accommoder les personnes qui en subissent les effets préjudiciables. D'après le juge Bisson, c'est ce que font la *Charte de la langue française* et le *Règlement sur la langue du commerce et des affaires* en prévoyant des exceptions à l'exigence de l'usage exclusif du français posée par l'art. 58. De toute façon, a-t-il fait remarquer, les appelants dans l'affaire *Devine* ne demandaient pas un accommodement, mais l'annulation des dispositions contestées pour cause de discrimination directe. Les motifs exposés par le juge Bisson dans l'affaire *Devine* mènent à la conclusion que c'est la notion de discrimination directe et non pas celle de discrimination par suite d'un effet préjudiciable ou de discrimination indirecte qu'il faut appliquer pour déterminer s'il existe une distinction fondée sur un motif interdit par l'art. 10.

Dans son arrêt récent *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90, cette Cour a été appelée à étudier la question de l'application de l'art. 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec à certaines dispositions du règlement adopté par l'Office de la langue française concernant la connaissance de la langue officielle nécessaire pour l'obtention d'un permis d'un ordre professionnel. Le juge Lamer, qui a rendu le jugement de la majorité de la Cour, énonce dans le passage suivant, les critères à satisfaire afin de pouvoir conclure qu'il y a discrimination en vertu de l'art. 10, à la p. 98:

À la lecture de l'art. 10 de la *Charte* et selon l'affaire *Johnson c. Commission des affaires sociales*, [1984] C.A. 61, décision avec laquelle je suis d'accord sur ce point, trois éléments doivent être présents pour qu'il y

“distinction, exclusion or preference”, (2) based on one of the grounds listed in the first paragraph, and (3) which “has the effect of nullifying or impairing” the right to full and equal recognition and exercise of a human right or freedom.

Section 2(a) of the Regulation created a presumption of appropriate knowledge of French in favour of candidates who had taken at least three years of French at the post-primary level, and s. 3 of the Regulation required candidates, such as the respondent Forget, who could not benefit from this presumption of knowledge, to submit to a test to establish the appropriate knowledge of French. Lamer J. held that this differential treatment of two classes of candidates for entry to a profession requiring a knowledge of French appropriate to the practice of it created a distinction within the meaning of s. 10 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* but the question was whether it created a distinction based on language within the meaning of the section. Lamer J. held that the word “language” in s. 10 means the language of the person, that is, his or her mother tongue or language of use. He then considered the contention of the appellant that the distinction created by ss. 2(a) and 3 of the Regulation was one based not on the language of the person but on the language in which the candidate had received his or her post-primary instruction. On this issue Lamer J. concluded that the distinction, although appearing on its face to be one based on the language of instruction, was in reality one based on language of the person. Referring to the appellant’s contention he said (at pp. 100-101):

In my view, however, this interpretation does actually withstand a more realistic analysis of the situation. Of course, it is true that any person who has taken at least three years of post-primary instruction in French is exempt from the test, whatever his language. Still, one has to recognize that as a general rule a person does his studies in his own language. Accordingly, most of the candidates able to benefit from the French knowledge presumption are French-speaking — for the purposes of this discussion I will call them “francophones” — since they are the ones who have received their instruction in French. Conversely, as in most cases non-francophones

ait discrimination: (1) une «distinction, exclusion ou préférence», (2) fondée sur l’un des motifs énumérés au premier alinéa et (3) qui «a pour effet de détruire ou de compromettre» le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l’exercice d’un droit ou d’une liberté de la personne.

L’alinéa 2a) du Règlement créait en faveur des postulants qui avaient reçu au moins trois années d’enseignement en français au niveau post-primaire une présomption de connaissance appropriée du français et l’art. 3 exigeait que les postulants qui, telle l’intimée Forget, ne pouvaient bénéficier de cette présomption de connaissance, se soumettent à un examen destiné à vérifier s’ils possédaient une connaissance appropriée du français. Le juge Lamer a statué que cette différence quant au traitement accordé à deux catégories de postulants à l’exercice d’une profession nécessitant une connaissance appropriée du français constituait une distinction au sens de l’art. 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, mais il a précisé que la question était de savoir s’il s’agissait d’une distinction fondée sur la langue au sens du même article. Selon le juge Lamer, le mot «langue», à l’art. 10, signifie la langue d’une personne, c’est-à-dire sa langue maternelle ou usuelle. Il a donc abordé ensuite l’argument de l’appelant selon lequel la distinction créée par l’al. 2a) et par l’art. 3 du Règlement était fondée non pas sur la langue usuelle de la personne, mais sur la langue dans laquelle le postulant avait reçu son instruction post-primaire. Sur cette question, le juge Lamer a conclu que la distinction, quoiqu’à première vue fondée sur la langue d’instruction, reposait en réalité sur la langue usuelle de la personne. Voici ce qu’il dit de l’argument de l’appelant, aux pp. 100 et 101:

À mon avis cependant, cette interprétation ne résiste guère à une analyse plus réaliste de la situation. À prime abord, il est vrai que peu importe sa langue, est exemptée de l’examen toute personne qui a suivi au moins trois années d’enseignement post-primaire en français. Toutefois, force nous est de reconnaître qu’en règle générale une personne fait ses études dans la langue qui lui est propre. Ainsi, les postulants qui peuvent se prévaloir de la présomption de connaissance du français sont en majorité des personnes de langue française — que j’appellerai «francophones» pour les fins du présent débat —, puisque ce sont elles qui ont reçu leur instruc-

study in a language other than French, they are the ones who must take the test.

In light of the foregoing, I feel that the distinction created by the subject Regulations is based on language within the meaning of s. 10 of the *Charter*. The two groups of candidates that result from this distinction are divided along language lines — the fact that in general their mother tongue or language of use is, or is not, French. In other words, most candidates who benefit from the presumption will be francophones, while those who take the test will be for the most part non-francophones.

Of course the groups resulting from application of the Regulations are not entirely homogeneous, since as we have seen non-francophones may sometimes do their studies in French and vice versa. Thus not all francophones will be exempt from the test, and not all non-francophones will have to take it. The fact remains, however, that as a rule the majority in each group consists of francophones on the one hand and non-francophones on the other, whatever limited exceptions may occur. As the groups of candidates affected by the distinction are identified along language lines, to say that the distinction is not based on language would in my opinion be adopting too narrow a construction.

Lamer J. concluded on the s. 10 issue that while the challenged provisions of the Regulation created a distinction based on language within the meaning of the first paragraph of s. 10 they did not constitute discrimination within the meaning of the second paragraph because the distinction did not have the effect of nullifying or impairing the right, referred to in the first paragraph, to full and equal recognition and exercise of a human right or freedom, which was said in this case to be the right recognized by s. 17 of the Quebec *Charter* to be admitted to a professional corporation without discrimination. In reaching this conclusion Lamer J. emphasized that the validity of s. 35 of the *Charter of the French Language*, which imposed the requirement of a knowledge of French appropriate to the exercise of a profession as a condition of the issue of a permit by a professional corporation, had not been challenged by the respondent. He reasoned that since this require-

tion en français. Inversement, comme dans la plupart des cas les non-francophones étudient dans une langue autre que le français, ce sont eux qui doivent se soumettre à l'examen.

^a À la lumière de ce qui précède, j'estime que la distinction créée par le Règlement en litige repose sur la langue au sens de l'art. 10 de la *Charte*. En effet, les deux groupes de postulants qui résultent de cette distinction se délimitent en fonction d'un critère linguistique — le fait que, généralement, leur langue maternelle ou usuelle soit ou non le français. En d'autres termes, les postulants qui bénéficient de la présomption sont en majorité francophones, tandis que ceux qui subissent l'examen sont, pour la plupart, non-francophones.

^b Certes, les groupes découlant de l'application du Règlement ne sont pas parfaitement homogènes, puisque, comme nous l'avons vu, il arrive que des non-francophones fassent leurs études en français et vice-versa. Ce ne sont donc pas tous les francophones qui sont dispensés du test, ni tous les non-francophones qui y sont assujettis. Mais il n'en reste pas moins que, dans l'ensemble, les membres de chacun des deux groupes sont majoritairement composés de francophones d'une part et de non-francophones d'autre part, peu importe les quelques exceptions qui peuvent s'y glisser. Comme les groupes de postulants visés par la distinction sont circonscrits en fonction d'un critère linguistique, ce serait, à mon avis, adopter une interprétation trop étroite que de conclure que cette distinction ne repose pas sur la langue.

^c En ce qui concerne la question relative à l'art. 10, le juge Lamer conclut que, si les dispositions contestées du Règlement créaient une distinction fondée sur la langue au sens du premier alinéa de l'art. 10, elles ne constituaient pas pour autant une discrimination au sens du second alinéa parce que cette distinction n'avait pas pour effet de détruire ni de compromettre le droit, énoncé au premier alinéa, à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, d'un droit ou d'une liberté, qu'on disait être dans ce cas le droit conféré par l'art. 17 de la *Charte* québécoise d'être admis sans discrimination à une corporation professionnelle. Le juge Lamer a souligné à ce propos que la validité de l'art. 35 de la *Charte de la langue française*, qui posait l'exigence d'une connaissance appropriée du français à l'exercice d'une profession comme condition de la délivrance d'un permis par une corporation professionnelle, n'avait pas été contestée par l'intimée. Suivant le raisonnement du juge Lamer,

ment had to be met the distinction based on language created by the Regulation favoured rather than discriminated against persons in the position of the respondent who, not being able to benefit from the reasonable presumption of knowledge arising from a post-primary education in French, were permitted to satisfy the requirement in the only way they could, by undergoing a test.

We have referred to the judgment of the Court in *Forget* at considerable length because it suggests that, in determining whether a distinction is one based on a prohibited ground within the meaning of s. 10 of the Quebec *Charter*, one must consider the effect of the distinction and not merely what appears on its face. That is the necessary conclusion to be drawn from the judgment. The distinction between the two classes of persons, one not required to take the test and the other required to do so, was created on the face of the Regulation. What the Court did was to characterize the basis of the distinction as language of use rather than language of instruction because of what it conceived to be the necessary identity in the majority of cases between language of instruction and language of use. This conclusion was based on an assumption, or a fact of which the Court took judicial notice, concerning the language of use of the majority of persons taking post-primary instruction in French and that of the majority who take their post-primary instruction in English. The determination of the Court was that because of that relationship between language of instruction and language of use, the distinction was in its effect one based on language of use.

Thus in addressing the question whether s. 58 of the *Charter of the French Language* infringes the guarantee against discrimination based on language in s. 10 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* we are obliged to consider the effect of s. 58, in so far as that may be ascertained. The second observation to be made here is that in order for a distinction based on a prohibited ground to constitute discrimination within the meaning of s. 10 it must have the effect of nullifying or impairing the right to full and

puisqu'il fallait satisfaire à cette exigence, la distinction fondée sur la langue que créait le Règlement, loin de constituer une discrimination contre elles, jouait en faveur de personnes qui, comme l'intimée, ne pouvaient bénéficier de la présomption raisonnable tenant à une éducation post-primaire en français, puisqu'elle leur donnait le moyen de remplir l'exigence de la seule façon possible pour elles, c'est-à-dire en se présentant à un examen.

Nous nous sommes longuement attardés sur l'arrêt *Forget* de cette Cour parce qu'il indique que, pour déterminer si une distinction est fondée sur un motif interdit par l'art. 10 de la *Charte québécoise*, il faut tenir compte de l'effet de la distinction plutôt que se fonder uniquement sur sa nature apparente. Cette conclusion découle nécessairement de l'arrêt précité. Le Règlement créait en fait une distinction entre deux catégories de personnes, celles qui n'avaient pas à subir l'examen et celles qui devaient s'y soumettre. En fait, la Cour a dit, dans cet arrêt, que la distinction était fondée sur la langue usuelle et non pas sur la langue d'instruction, estimant qu'il y avait nécessairement identité, dans la plupart des cas, de la langue d'instruction et de la langue usuelle. Cette conclusion reposait sur une supposition, ou sur un fait dont la Cour avait pris connaissance d'office, concernant la langue usuelle de la majorité des personnes qui reçoivent leur instruction post-primaire en français et celle de la majorité des personnes qui la reçoivent en anglais. La Cour a décidé que, vu le rapport entre la langue d'instruction et la langue usuelle, la distinction était de par son effet fondée sur la langue usuelle.

Donc, pour décider si l'art. 58 de la *Charte de la langue française* viole la garantie contre la discrimination fondée sur la langue, énoncée à l'art. 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, nous sommes obligés de prendre en considération l'effet de l'art. 58, dans la mesure où il peut être déterminé. Soulignons en outre que, pour constituer une discrimination au sens de l'art. 10, une distinction fondée sur un motif interdit doit avoir pour effet de détruire ou de compromettre le droit à la reconnaissance et à l'exercice, en

equal recognition and exercise of a human right or freedom, which must mean a human right or freedom recognized by the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*. With these observations in mind we turn to the question whether s. 58 infringes s. 10. It purports, as was said by the Superior Court and the Court of Appeal, to apply to everyone, regardless of their language of use, the requirement of the exclusive use of French. It has the effect, however, of impinging differentially on different classes of persons according to their language of use. Francophones are permitted to use their language of use while anglophones and other non-francophones are prohibited from doing so. Does this differential effect constitute a distinction based on language within the meaning of s. 10 of the Quebec *Charter*? In this Court's opinion it does. Section 58 of the *Charter of the French Language*, because of its differential effect or impact on persons according to their language of use, creates a distinction between such persons based on language of use. It is then necessary to consider whether this distinction has the effect of nullifying or impairing the right to full and equal recognition and exercise of a human right or freedom recognized by the Quebec *Charter*. The human right or freedom in issue in this case is the freedom to express oneself in the language of one's choice, which has been held to be recognized by s. 3 of the Quebec *Charter*. In this case, the limit imposed on that right was not a justifiable one under s. 9.1 of the Quebec *Charter*. The distinction based on language of use created by s. 58 of the *Charter of the French Language* thus has the effect of nullifying the right to full and equal recognition and exercise of this freedom. Section 58 is therefore also of no force or effect as infringing s. 10 of the Quebec *Charter*. The same conclusion must apply to s. 69 of the *Charter of the French Language*. We note that since one of the respondents, Valerie Ford, is an individual and not a corporation, it is unnecessary in this case to decide whether corporations are entitled to claim the benefit of equality guarantees and we do not do so.

For these reasons the appeal is dismissed with costs and the constitutional questions are answered as follows:

pleine égalité, d'un droit ou d'une liberté de la personne que reconnaît la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. Gardant ces observations présentes à l'esprit, venons-en maintenant à la question de savoir si l'art. 58 enfreint l'art. 10. Comme l'ont dit la Cour supérieure et la Cour d'appel, l'art. 58 se veut d'application universelle, imposant à tous, indépendamment de leur langue usuelle, l'exigence de l'usage exclusif du français. Il produit toutefois des effets différents sur différentes catégories de personnes selon leur langue usuelle. Il est permis aux francophones de se servir de leur langue usuelle, alors que cela est interdit aux anglophones et aux autres non-francophones. Cette différenciation constitue-t-elle une distinction fondée sur la langue au sens de l'art. 10 de la *Charte québécoise*? À notre avis, c'est le cas. L'article 58 de la *Charte de la langue française*, du fait qu'il touche et affecte différemment les personnes suivant leur langue usuelle, crée entre ces personnes une distinction fondée sur la langue usuelle. Il faut donc se demander si cette distinction a pour effet de détruire ou de compromettre le droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, d'un droit ou d'une liberté de la personne garantis par la *Charte québécoise*. Le droit ou la liberté de la personne en cause est la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix qui, a-t-on jugé, est reconnue par l'art. 3 de la *Charte québécoise*. En l'espèce, la restriction imposée à ce droit n'était pas justifiable en vertu de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*. La distinction fondée sur la langue usuelle créée par l'art. 58 de la *Charte de la langue française* a donc pour effet de détruire le droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, de cette liberté. Il s'ensuit que l'art. 58 est inopérant et sans effet parce qu'il contrevient à l'art. 10 de la *Charte québécoise*. La même conclusion s'impose à l'égard de l'art. 69 de la *Charte de la langue française*. Puisqu'en l'espèce, Valerie Ford, l'une des intimées, est un individu et non une personne morale, il n'est pas nécessaire de décider si les personnes morales ont le droit d'invoquer les garanties d'égalité. Nous ne le ferons donc pas.

Par ces motifs, le pourvoi est rejeté avec dépens et les réponses suivantes sont données aux questions constitutionnelles:

1. Are section 214 of the *Charter of the French Language*, R.S.Q. 1977, c. C-11, as enacted by S.Q. 1982, c. 21, s. 1, and s. 52 of *An Act to amend the Charter of the French Language*, S.Q. 1983, c. 56, inconsistent with s. 33(1) of the *Constitution Act, 1982* and therefore inoperative and of no force or effect under s. 52(1) of the latter Act? ^a

Answer: No, except in so far as s. 214 is given retrospective effect by s. 7 of *An Act respecting the Constitution Act, 1982*, S.Q. 1982, c. 21. ^b

2. If the answer to question 1 is affirmative, to the extent that they require the exclusive use of the French language, are ss. 58 and 69, and ss. 205 to 208 to the extent they apply thereto, of the *Charter of the French Language*, R.S.Q. 1977, c. C-11, as amended by S.Q. 1983, c. 56, inconsistent with the guarantee of freedom of expression under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? ^c

Answer: In so far as s. 214 of the *Charter of the French Language* has ceased to have effect but s. 52 of *An Act to amend the Charter of the French Language* remains in effect, s. 58 of the *Charter of the French Language* is protected from the application of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* but it is inoperative as infringing the guarantee of freedom of expression in s. 3 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms* and the guarantee against discrimination based on language in s. 10 of the *Quebec Charter*. In so far as s. 214 of the *Charter of the French Language* has ceased to have effect, s. 69 thereof is inconsistent with the guarantee of freedom of expression under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Sections 205 to 208 of the *Charter of the French Language* to the extent they apply to s. 69 thereof are inconsistent with the guarantee of freedom of expression under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Section 69 of the *Charter of the French Language*, and ss. 205 to 208 thereof, to the extent they apply to ss. 58 and 69, are ^d
^e
^f
^g
^h
ⁱ
^j

1. L'article 214 de la *Charte de la langue française*, L.R.Q. 1977, chap. C-11, tel que mis en vigueur par L.Q. 1982, chap. 21 art. 1, et l'art. 52 de la *Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. 1983, chap. 56, sont-ils incompatibles avec l'art. 33(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et par conséquent inopérants et sans effet en vertu de l'art. 52(1) de cette dernière Loi?

Réponse: Non, sauf dans la mesure où l'art. 7 de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982, chap. 21, donne à l'art. 214 un effet rétroactif.

2. Si la question 1 reçoit une réponse affirmative, dans la mesure où ils exigent l'usage exclusif du français, est-ce que les art. 58 et 69, ainsi que les art. 205 à 208 dans la mesure où ils s'y appliquent, de la *Charte de la langue française*, L.R.Q. 1977, chap. C-11, telle que modifiée par L.Q. 1983, chap. 56, sont incompatibles avec la garantie de liberté d'expression aux termes de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Dans la mesure où l'art. 214 de la *Charte de la langue française* a cessé d'avoir effet mais où l'art. 52 de la *Loi modifiant la Charte de la langue française* demeure en vigueur, l'art. 58 de la *Charte de la langue française* est soustrait à l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais est inopérant parce qu'il constitue une violation de la liberté d'expression garantie par l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec et de la garantie contre la discrimination fondée sur la langue, énoncée à l'art. 10 de la *Charte québécoise*. Dans la mesure où l'art. 214 de la *Charte de la langue française* a cessé d'avoir effet, son art. 69 est incompatible avec la garantie de liberté d'expression énoncée à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les articles 205 à 208 de la *Charte de la langue française* dans la mesure où ils s'appliquent à son art. 69 sont incompatibles avec la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'article 69 de la *Charte de la langue française*, et les art. 205 à 208 de

also inconsistent with the guarantee of freedom of expression under s. 3 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*.

3. If the answer to question 2 is affirmative in whole or in part, are ss. 58 and 69, and ss. 205 to 208 to the extent they apply thereto, of the *Charter of the French Language*, R.S.Q. 1977, c. C-11, as amended by S.Q. 1983, c. 56, justified by the application of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer: Section 58 of the *Charter of the French Language* is not justified under s. 9.1 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*. Section 69 of the *Charter of the French Language*, and ss. 205 to 208 thereof, to the extent they apply to s. 69, are not justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and are therefore inconsistent with the *Constitution Act, 1982*. Nor is s. 69 of the *Charter of the French Language*, or ss. 205 to 208 thereof, to the extent they apply to ss. 58 and 69, justified under s. 9.1 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Yves de Montigny and Jean-K. Samson, Ste-Foy.

Solicitors for the respondents: Yarosky, Fish, Isaacs & Daviault, Montréal; Clarkson, Tétrault, Montréal.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Canada: Piché, Emery, Montréal; André Bluteau and René LeBlanc, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Richard F. Chaloner, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: Gordon F. Gregory, Fredericton.

celle-ci, dans la mesure où ils s'appliquent aux art. 58 et 69, sont aussi incompatibles avec la garantie de liberté d'expression énoncée à l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec.

3. Si la question 2 reçoit une réponse affirmative en totalité ou en partie, est-ce que les art. 58 et 69 ainsi que les art. 205 à 208 dans la mesure où ils s'y appliquent, de la *Charte de la langue française*, L.R.Q. 1977, chap. C-11, telle que modifiée par L.Q. 1983, chap. 56, sont justifiés par l'application de l'art. 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et par conséquent ne sont pas incompatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse: L'article 58 de la *Charte de la langue française* n'est pas justifié par l'art. 9.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. L'article 69 de la *Charte de la langue française* ainsi que les art. 205 à 208, dans la mesure où ils s'appliquent à l'art. 69, ne sont pas justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et sont par conséquent incompatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'article 69 de la *Charte de la langue française*, et les art. 205 à 208 de celle-ci, dans la mesure où ils s'appliquent aux art. 58 et 69, ne sont pas justifiés en vertu de l'art. 9.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appellant: Yves de Montigny et Jean-K. Samson, Ste-Foy.

Procureurs des intimées: Yarosky, Fish, Isaacs & Daviault, Montréal; Clarkson, Tétrault, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Canada: Piché, Emery, Montréal; André Bluteau et René LeBlanc, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Richard F. Chaloner, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Gordon F. Gregory, Fredericton.

Allan Singer Ltd. Appellant

v.

The Attorney General of Quebec Respondent

and

**The Attorney General of Canada, the
Attorney General for New Brunswick and the
Attorney General for Ontario Intervenors**INDEXED AS: DEVINE v. QUEBEC (ATTORNEY
GENERAL)

File No.: 20297.

1987: November 18, 19; 1988: December 15.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey*, McIntyre,
Lamer, Wilson and Le Dain* JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Language — Provincial legislation regulating the use of French in commerce and business — Whether provincial legislation ultra vires the provincial legislature — Whether provincial legislation invades federal jurisdiction with respect to criminal law and interprovincial trade and commerce — Whether provincial legislation constitutes an obstacle to mobility — Constitution Act, 1867, ss. 91, 92 — Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 52, 57, 58, 59, 60, 61 — Regulation respecting the language of commerce and business, R.R.Q., c. C-11, r. 9.

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Exception where express declaration — Provincial legislation regulating the use of French in commerce and business — Whether provincial legislation protected from the application of ss. 2(b) and 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms by a valid and subsisting override provision — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 33 — An Act to amend the Charter of the French Language, S.Q. 1983, c. 56, s. 52 — Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 52, 57, 58, 59, 60, 61, 214 — Regulation respecting the language of commerce and business, R.R.Q., c. C-11, r. 9.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Provincial legislation regulating language of business and commerce — Legislation providing for the exclusive or joint use of French in certain

* Estey and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

Allan Singer Ltd. Appelante

c.

Le procureur général du Québec Intimé

a

et

**Le procureur général du Canada, le procureur
général du Nouveau-Brunswick et le
b procureur général de l'Ontario Intervenants**RÉPERTORIÉ: DEVINE c. QUÉBEC (PROCUREUR
GÉNÉRAL)

N° du greffe: 20297.

c

1987: 18, 19 novembre; 1988: 15 décembre.

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

Droit constitutionnel — Partage des compétences législatives — Langue — Loi provinciale réglementant l'usage du français dans le commerce et les affaires — La loi provinciale est-elle ultra vires de l'assemblée législative? — La loi provinciale empiète-t-elle sur la compétence fédérale en ce qui a trait au droit criminel et au commerce interprovincial? — La loi provinciale constitue-t-elle un obstacle à la liberté de circulation? f — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92 — Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 52, 57, 58, 59, 60, 61 — Règlement sur la langue du commerce et des affaires, R.R.Q., chap. C-11, r. 9.

g

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Dérogation par déclaration expresse — Loi provinciale réglementant l'usage du français dans le commerce et les affaires — La loi provinciale est-elle soustraite à l'application des art. 2b) et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés par une disposition dérogatoire valide et en vigueur? h — Charte canadienne des droits et libertés, art. 33 — Loi modifiant la Charte de la langue française, L.Q. 1983, chap. 56, art. 52 — Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 52, 57, 58, 59, 60, 61, 214 — Règlement sur la langue i du commerce et des affaires, R.R.Q., chap. C-11, r. 9.

i

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Loi provinciale réglementant la langue du commerce et des affaires — Loi prévoyant l'usage j exclusif ou concurrent du français dans certaines acti-

* Les juges Estey et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

commercial activities — Whether freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms includes the freedom to express oneself in the language of one's choice — Whether the guarantee of freedom of expression extends to commercial expression — Whether provincial legislation infringes the guarantee of freedom of expression — Whether limit imposed by the provincial legislation on freedom of expression justifiable under s. 1 of the Canadian Charter — Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 57, 59, 60, 61 — Regulation respecting the language of commerce and business, R.R.Q., c. C-11, r. 9.

Civil rights — Provincial human rights legislation — Freedom of expression — Provincial legislation regulating language of business and commerce — Legislation providing for the exclusive or joint use of French in certain commercial activities — Whether freedom of expression guaranteed by s. 3 of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms includes the freedom to express oneself in the language of one's choice — Whether the guarantee of freedom of expression extends to commercial expression — Whether provincial legislation infringes the guarantee of freedom of expression — Whether limit imposed by the provincial legislation on freedom of expression justifiable under s. 9.1 of the Quebec Charter — Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 52, 57, 58, 59, 60, 61 — Regulation respecting the language of commerce and business, R.R.Q., c. C-11, r. 9.

Civil rights — Discrimination based on language — Provincial legislation regulating language of business and commerce — Legislation providing for the exclusive or joint use of French in certain commercial activities — Whether provincial legislation infringes the guarantee against discrimination based on language in s. 10 of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms — Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 52, 57, 58, 59, 60, 61 — Regulation respecting the language of commerce and business, R.R.Q., c. C-11, r. 9.

By an action in nullity, appellant challenged the validity of ss. 52, 57, 58, 59, 60 and 61 of the *Charter of the French Language*, R.S.Q., c. C-11, and the *Regulation respecting the language of commerce and business*. Sections 52 and 57 require that certain items be drawn up in French. These sections, read with s. 89 of the *Charter of the French Language*, permit the use of another language together with the French. Section 58 requires that "Public signs and posters and commercial advertising shall be solely in" French. Sections 59, 60 and 61 create exceptions to s. 58. In the Superior Court,

vités commerciales — La liberté d'expression garantie par l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés comprend-elle la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix? — La garantie de liberté d'expression s'étend-elle à l'expression commerciale? — La loi provinciale viole-t-elle la garantie de liberté d'expression? — La restriction que la loi provinciale impose à la liberté d'expression est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte canadienne? — Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 57, 59, 60, 61 — Règlement sur la langue du commerce et des affaires, R.R.Q., chap. C-11, r. 9.

Libertés publiques — Loi provinciale sur les droits de la personne — Liberté d'expression — Loi provinciale réglementant la langue du commerce et des affaires — Loi prévoyant l'usage exclusif ou concurrent du français dans certaines activités commerciales — La liberté d'expression garantie par l'art. 3 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec comprend-elle la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix? — La garantie de liberté d'expression s'étend-elle à l'expression commerciale? — La loi provinciale viole-t-elle la garantie de liberté d'expression? — La restriction que la loi provinciale impose à la liberté d'expression est-elle justifiable en vertu de l'art. 9.1 de la Charte québécoise? — Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 52, 57, 58, 59, 60, 61 — Règlement sur la langue du commerce et des affaires, R.R.Q., chap. C-11, r. 9.

Libertés publiques — Discrimination fondée sur la langue — Loi provinciale réglementant la langue du commerce et des affaires — Loi prévoyant l'usage exclusif ou concurrent du français dans certaines activités commerciales — La loi provinciale viole-t-elle la garantie contre la discrimination fondée sur la langue reconnue à l'art. 10 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec? — Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 52, 57, 58, 59, 60, 61 — Règlement sur la langue du commerce et des affaires, R.R.Q., chap. C-11, r. 9.

L'appelante a contesté, dans une action en nullité, la validité des art. 52, 57, 58, 59, 60 et 61 de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., chap. C-11, et du *Règlement sur la langue du commerce et des affaires*. Les articles 52 et 57 exigent que certaines publications soient rédigées en français. Ces articles, interprétés avec l'art. 89 de la *Charte de la langue française*, permettent l'usage d'une autre langue avec le français. L'article 58 prévoit que «l'affichage public et la publicité commerciale se font uniquement» en français. Les articles 59, 60 et 61 créent des exceptions à l'art. 58. Devant la Cour

appellant contended that the challenged provisions of the *Charter of the French Language* were *ultra vires* the Quebec legislature and that they infringed the guarantee of freedom of expression in s. 3 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* and the guarantee against discrimination based on language in s. 10 of the Quebec *Charter*. The Superior Court dismissed the action and the Court of Appeal affirmed the judgment. In this Court, appellant raised a new ground of appeal contending that the challenged provisions of the *Charter of the French Language* infringed the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the right to equality guaranteed by s. 15 of the *Canadian Charter*.

Held: The appeal should be allowed in part. Sections 52 and 57 to 61 of the *Charter of the French Language* are *intra vires* the provincial legislature. Sections 57, 59, 60 and 61, as well as ss. 8, 9, and 12 to 19 of the *Regulation respecting the language of commerce and business*, infringe s. 2(b) of the *Canadian Charter* and, except s. 57, are not justified under s. 1 of the *Canadian Charter*. Sections 52 and 57 to 61, as well as ss. 8, 9, and 12 to 19 of the *Regulation*, infringe s. 3 of the Quebec *Charter* and, except ss. 52 and 57, are not justified under s. 9.1 of the Quebec *Charter*. Section 58 to 61, as well as ss. 8, 9, and 12 to 19 of the *Regulation*, infringe s. 10 of the Quebec *Charter*.

(a) *Constitution Act, 1867*

A law prescribing that a particular language or languages must or may be used in certain situations will be classified for constitutional purposes not as a law in relation to language, but as a law in relation to the institutions or activities that the provision covers. Language is not an independent matter of legislation but is rather "ancillary" to the exercise of jurisdiction with respect to some class of subject matter assigned to Parliament or the provincial legislatures by the *Constitution Act, 1867*. In order to be valid, provincial legislation with respect to language must thus be truly in relation to an institution or activity that is otherwise within provincial legislative jurisdiction. In this case, the challenged provisions, whether they require the "exclusive use" or the "joint use" of French, are all in relation to commerce within the province and are therefore *intra vires* the Quebec legislature. That the overall object of the *Charter of the French Language* is the enhancement of the status of the French language in Quebec does not make the challenged provisions any less an intended regulation of an aspect of commerce within the province.

supérieure, l'appelante a soutenu que les dispositions contestées de la *Charte de la langue française* étaient *ultra vires* de l'Assemblée nationale du Québec et qu'elles portaient atteinte à la liberté d'expression que garantit l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec et à la garantie contre la discrimination fondée sur la langue que prévoit l'art. 10 de la *Charte* du Québec. La Cour supérieure a rejeté l'action et la Cour d'appel a confirmé le jugement. Devant cette Cour, l'appelante a soulevé un nouveau moyen d'appel en soutenant que les dispositions contestées de la *Charte de la langue française* portaient atteinte à la liberté d'expression que garantit l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et au droit à l'égalité que garantit l'art. 15 de la *Charte* canadienne.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli en partie. Les articles 52 et 57 à 61 de la *Charte de la langue française* sont *intra vires* de l'assemblée législative de la province. Les articles 57, 59, 60 et 61, de même que les art. 8, 9 et 12 à 19 du *Règlement sur la langue du commerce et des affaires* portent atteinte à l'al. 2b) de la *Charte canadienne* et, à l'exception de l'art. 57, ne sont pas justifiés aux termes de l'article premier de la *Charte* canadienne. Les articles 52 et 57 à 61, de même que les art. 8, 9 et 12 à 19 du *Règlement*, portent atteinte à l'art. 3 de la *Charte* québécoise et, à l'exception des art. 52 et 57, ne sont pas justifiés aux termes de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise. Les articles 58 à 61, de même que les art. 8, 9 et 12 à 19 du *Règlement*, portent atteinte à l'art. 10 de la *Charte* québécoise.

a) *Loi constitutionnelle de 1867*

Une loi prescrivant qu'une ou des langues doivent ou peuvent être utilisées dans certaines situations sera classée à des fins constitutionnelles non comme une loi relative à la langue, mais comme une loi relative à l'institution ou aux activités visées par la disposition. La langue n'est pas une matière législative indépendante, elle est «accessoire» à l'exercice de la compétence relative à une catégorie de sujets attribuée au Parlement ou aux assemblées législatives provinciales par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Pour être valide, une loi provinciale concernant la langue doit donc véritablement viser une institution ou une activité qui relève de la compétence législative provinciale. En l'espèce, les dispositions contestées, qu'elles exigent «l'usage exclusif» ou «l'usage concurrent» du français, se rapportent toutes au commerce à l'intérieur de la province et sont par conséquent *intra vires* de l'Assemblée nationale du Québec. Même si l'objet global de la *Charte de la langue française* est de rehausser le statut de la langue française au Québec, il n'en demeure pas moins que les dispositions contestées visent à réglementer un aspect du commerce à l'intérieur de la province.

Section 58 of the *Charter of the French Language*, as a prohibition with penal consequences of the use of any language other than French, is not *ultra vires* the provincial legislature as constituting criminal law. Section 58 cannot be viewed in isolation from the other provisions of the *Charter of the French Language* and the Regulation. Together they constitute a regulatory scheme directed to an aspect of commercial activity—the linguistic basis on which certain commercial activities may be carried on. This is not the prohibition of the use of language in and for itself as constituting conduct having affinity with some traditional criminal law concern such as morality or public order.

Finally, the challenged provisions requiring the “joint use” of French do not constitute an unconstitutional barrier on mobility. These provisions are not designed to prevent people from entering the province. They are simply conditions of doing business in the province with which anyone may comply.

(b) Application of Canadian and Quebec Charters

For the reasons given in *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, ss. 52 and 58 of the *Charter of the French Language*, replaced respectively by ss. 11 and 12 of *An Act to amend the Charter of the French Language*, S.Q. 1983, c. 56, are protected from the application of ss. 2(b) and 15 of the Canadian Charter by a valid and subsisting override provision, enacted pursuant to s. 33 of the Canadian Charter, in the form of s. 52 of the amending Act. Sections 57, 59, 60 and 61 of the *Charter of the French Language* and the Regulation, however, are no longer protected from the application of ss. 2(b) and 15 of the Canadian Charter, since s. 214 of the *Charter of the French Language*, the override provision in that statute, ceased to have effect on June 23, 1987. The challenged provisions are all subject to s. 3 of the Quebec Charter.

(c) Freedom of Expression

For the reasons given in *Ford*, the matters referred to in ss. 57, 59, 60 and 61 of the *Charter of the French Language* constitute expression within the meaning of s. 2(b) of the Canadian Charter, and the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) includes the freedom to express oneself in the language of one's choice. This analysis applies equally to these sections and to ss. 52 and 58 of the *Charter of the French Language* as concerns s. 3 of the Quebec Charter. That freedom is infringed not only by a prohibition of the use of one's language of choice but also by a legal requirement compelling one to use a particular language. Sections

L'article 58 de la *Charte de la langue française*, à titre d'interdiction de l'usage d'une langue autre que le français assortie de conséquences pénales, n'est pas *ultra vires* de l'assemblée législative provinciale en tant que disposition de droit criminel. L'article 58 ne peut être examiné séparément des autres dispositions de la *Charte de la langue française* et du Règlement. Ces dispositions constituent ensemble un régime de réglementation visant un aspect de l'activité commerciale—la base linguistique de certaines activités commerciales. Il ne s'agit pas d'une interdiction visant l'utilisation en soi de la langue, utilisation qui serait une conduite ayant des affinités avec un sujet traditionnel du droit criminel comme la moralité ou l'ordre public.

Finalement, les dispositions exigeant «l'usage concurrent» du français ne constituent pas une restriction inconstitutionnelle à la liberté de circulation. Ces dispositions ne sont pas destinées à empêcher quiconque d'entrer dans la province. Il s'agit simplement de conditions pour faire affaire dans la province auxquelles toute personne peut se conformer.

(b) Application des Chartes canadienne et québécoise

Pour les motifs donnés dans l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, les art. 52 et 58 de la *Charte de la langue française*, remplacés respectivement par les art. 11 et 12 de la *Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. 1983, chap. 56, sont soustraits à l'application de l'al. 2b) et de l'art. 15 de la *Charte* canadienne par une disposition dérogatoire valide et en vigueur adoptée en vertu de l'art. 33 de la *Charte* canadienne, c'est-à-dire l'art. 52 de la *Loi modificatrice*. Toutefois, les art. 57, 59, 60 et 61 de la *Charte de la langue française* et le Règlement ne sont plus désormais soustraits à l'application de l'al. 2b) et de l'art. 15 de la *Charte* canadienne, puisque l'art. 214 de la *Charte de la langue française*, la disposition dérogatoire de cette loi, a cessé d'avoir effet le 23 juin 1987. Les dispositions contestées sont toutes assujetties à l'art. 3 de la *Charte* québécoise.

(c) Liberté d'expression

Pour les motifs exposés dans l'arrêt *Ford*, les art. 57, 59, 60 et 61 de la *Charte de la langue française* ont pour objet une expression au sens de l'al. 2b) de la *Charte* canadienne, et la liberté d'expression que garantit l'al. 2b) comprend la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix. Cette analyse s'applique également à ces articles et aux art. 52 et 58 de la *Charte de la langue française* pour ce qui concerne l'art. 3 de la *Charte* québécoise. Il y a violation de cette liberté non seulement par l'interdiction d'utiliser la langue de son choix mais également par l'obligation faite par la loi d'utiliser une langue en particulier. Les articles 57, 59, 60 et 61 de

57, 59, 60 and 61 of the *Charter of the French Language*, in so far as they compel the use of the French language, infringe the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the Canadian *Charter*. These sections and ss. 52 and 58 similarly infringe the freedom of expression guaranteed by s. 3 of the Quebec *Charter*.

(d) *Reasonable Limits*

For the reasons given in *Ford*, legislation requiring the exclusive use of French is not justified under s. 1 of the Canadian *Charter* or s. 9.1 of the Quebec *Charter*. The requirement of either joint or predominant use is justified under both sections. In *Ford*, s. 58 of the *Charter of the French Language*, which requires the exclusive use of French, did not survive the s. 9.1 scrutiny and was struck down. Once section 58 is struck down, ss. 59, 60, 61 and ss. 8, 9, 12, 13, 14, 15, 16 and 19 of the Regulation, which create exceptions to s. 58, must be struck down as well. A single scheme is being dealt with here, and once the parent section which institutes that scheme has been found unconstitutional, the Court must proceed to strike down those exceptions which are necessarily connected to the general rule. In that way, distortions and inconsistencies of legislative intention do not result from finding the major component of a comprehensive legislative regime contrary to the Constitution. Furthermore, because s. 69 of the *Charter of the French Language* has been struck down in *Ford*, the exceptions to s. 69 prescribed by ss. 17 and 18 of the Regulation are also struck down. Had the appellant contested the validity of s. 62, which also creates an exception to s. 58, it too would have been struck down. Sections 52 and 57, however, should be preserved as they neither cause unintended results in the overall legislative scheme—they are not dependent on s. 58—nor conflict with s. 2(b) of the Canadian *Charter* or s. 3 of the Quebec *Charter* as interpreted in *Ford*. Read with s. 89 of the *Charter of the French Language*, ss. 52 and 57 permit the use of French together with another language. Sections 52 and 57 are therefore sustainable under s. 9.1 of the Quebec *Charter*, and s. 57—the only one of the two subject to the Canadian *Charter*—is sustainable thereunder by virtue of s. 1.

(e) *Discrimination Based on Language*

Under section 10 of the Quebec *Charter*, a “distinction, exclusion or preference” based on one of the grounds listed in s. 10 is discriminatory when it “has the effect of nullifying or impairing” the right to full and equal recognition and exercise of a human right or freedom. Sections 52 and 57 of the *Charter of the*

Charte de la langue française, dans la mesure où ils imposent l’usage de la langue française, portent atteinte à la liberté d’expression que garantit l’al. 2b) de la *Charte* canadienne. Ces articles ainsi que les art. 52 et 58 portent également atteinte à la liberté d’expression garantie par l’art. 3 de la *Charte* québécoise.

d) *Limites raisonnables*

Pour les motifs énoncés dans l’arrêt *Ford*, une mesure législative imposant l’usage exclusif du français ne peut se justifier aux termes de l’article premier de la *Charte* canadienne ou de l’art. 9.1 de la *Charte* québécoise. L’exigence relative à l’usage concurrent ou prédominant est justifié aux termes de ces deux articles. Dans l’arrêt *Ford*, l’art. 58 de la *Charte de la langue française* qui exige l’usage exclusif du français n’a pas résisté à l’examen de l’art. 9.1 et a été déclaré inopérant. Si l’article 58 est inopérant, les art. 59, 60, 61 et les art. 8, 9, 12, 13, 14, 15, 16 et 19 du Règlement qui créent des exceptions à l’art. 58 le sont également. Il s’agit d’un ensemble, et quand l’article initial qui lui donne naissance est déclaré inconstitutionnel, la Cour doit déclarer inopérantes les exceptions qui sont nécessairement reliées à la règle générale. C’est le moyen d’éviter que l’annulation de la composante principale d’un ensemble législatif contraire à la Constitution ne cause la déformation ou la contradiction de l’intention législative. En outre, comme l’art. 69 de la *Charte de la langue française* a été déclaré inopérant dans l’arrêt *Ford*, les exceptions à l’art. 69 que prévoient les art. 17 et 18 du Règlement doivent l’être également. Si l’appelante avait contesté la validité de l’art. 62, qui crée également une exception à l’art. 58, il aurait également été déclaré inopérant. Toutefois, il convient de maintenir en vigueur les art. 52 et 57 car ils n’entraînent pas de résultats non voulus par cet ensemble législatif—leur existence ne dépendant pas de l’art. 58—et n’enfreignent pas l’al. 2b) de la *Charte* canadienne ni l’art. 3 de la *Charte* québécoise comme il ressort de l’arrêt *Ford*. Interprétés avec l’art. 89 de la *Charte de la langue française*, les art. 52 et 57 autorisent l’emploi du français conjointement à une autre langue. Les articles 52 et 57 peuvent donc être maintenus aux termes de l’art. 9.1 de la *Charte* québécoise et l’art. 57—le seul des deux qui soit assujéti à la *Charte* canadienne—peut être maintenu en vertu de son article premier.

e) *Discrimination fondée sur la langue*

Suivant l’art. 10 de la *Charte* québécoise, une «distinction, exclusion ou préférence» fondée sur l’un des motifs énumérés au même article est discriminatoire lorsqu’elle «a pour effet de détruire ou de compromettre» le droit à la reconnaissance et à l’exercice, en pleine égalité, d’un droit ou d’une liberté de la personne. Les articles 52 et

French Language do create a distinction based on language of use but do not have the effect of impairing or nullifying rights guaranteed under s. 3. The human right or freedom in issue in this case is freedom of expression guaranteed by s. 3 of the Quebec *Charter*. This right extends to protect the freedom to express oneself in the language of one's choice but it does not extend to guarantee a right to express oneself exclusively in one's own language. This result was reached by operation of s. 9.1, which does not limit the application of s. 10 but does limit the application of s. 3. Whenever it is alleged that a distinction on a ground prohibited by s. 10 has the effect of impairing or nullifying a right under s. 3, the scope of s. 3 must still be determined in light of s. 9.1. Where, as here, s. 9.1 operates to limit the scope of freedom of expression guaranteed under s. 3, s. 10 cannot be invoked to circumvent those reasonable limits and to substitute an absolute guarantee of free expression. On the other hand, having specified the scope of free expression, s. 9.1 cannot be invoked to justify a limit upon equal recognition and exercise of the right guaranteed by s. 3. Sections 52 and 57 of the *Charter of the French Language* do not, therefore, infringe the guarantee against discrimination based on language in s. 10 of the Quebec *Charter*.

(f) Equality Before the Law

Because s. 57 of the *Charter of the French Language* infringes s. 2(b) of the Canadian *Charter*, it is unnecessary to decide whether it also infringes s. 15 of the Canadian *Charter*. In any event, the conclusion regarding the operation of s. 1 of the Canadian *Charter* with respect to the *prima facie* breach of s. 2(b) would stand even if the *prima facie* breach of the Canadian *Charter* at issue was a breach of s. 15.

Cases Cited

Applied: *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Cusson v. Robidoux*, [1977] 1 S.C.R. 650; *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90; **referred to:** *Jones v. Attorney General of New Brunswick*, [1975] 2 S.C.R. 182; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713.

57 de la *Charte de la langue française* créent une distinction fondée sur la langue usuelle mais n'ont pas pour effet de compromettre ou de détruire des droits garantis par l'art. 3. Le droit ou la liberté de la personne en cause ici est la liberté d'expression énoncée à l'art. 3 de la *Charte* québécoise. Ce droit protège la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix mais ne comporte pas la garantie du droit de s'exprimer exclusivement dans sa propre langue. On est parvenu à ce résultat en appliquant l'art. 9.1, qui ne limite pas l'application de l'art. 10 mais limite celle de l'art. 3. Chaque fois qu'il est allégué qu'une distinction fondée sur un motif interdit par l'art. 10 a pour effet de compromettre ou de détruire un droit que prévoit l'art. 3, la portée de cet article doit être déterminée à la lumière de l'art. 9.1. Lorsque, comme en l'espèce, l'art. 9.1 a pour effet de limiter la portée de la liberté d'expression que garantit l'art. 3, l'art. 10 ne peut être invoqué pour contourner les limites raisonnables à cette liberté et y substituer une garantie absolue de liberté d'expression. Par ailleurs, une fois définie la portée de la liberté d'expression, l'art. 9.1 ne peut être invoqué pour justifier une limite à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, du droit que garantit l'art. 3. Par conséquent, les art. 52 et 57 de la *Charte de la langue française* ne portent pas atteinte à la garantie contre la discrimination fondée sur la langue que prévoit l'art. 10 de la *Charte* québécoise.

f) Égalité devant la loi

Étant donné que l'art. 57 de la *Charte de la langue française* porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte* canadienne, il n'est pas nécessaire de déterminer s'il porte atteinte également à l'art. 15 de la *Charte* canadienne. De toute façon, la conclusion concernant l'application de l'article premier de la *Charte* canadienne relativement à la violation *prima facie* de l'al. 2b) demeure même si à première vue la violation de la *Charte* canadienne dont il est question est une violation de l'art. 15.

h Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Cusson c. Robidoux*, [1977] 1 R.C.S. 650; *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90; **arrêts mentionnés:** *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

Statutes and Regulations Cited

- Act respecting the Constitution Act, 1982*, S.Q. 1982, c. 21, ss. 1, 7.
- Act to amend the Charter of the French Language*, S.Q. 1983, c. 56, s. 52.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(b), 6, 15, 33.
- Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 [formerly S.Q. 1975, c. 6], ss. 3, 9.1 [en. 1982, c. 61, s. 2], 10 [am. 1978, c. 7, s. 112; am. 1980, c. 11, s. 34; am. 1982, c. 61, s. 3], 15, 52 [repl. 1982, c. 61, s. 16].
- Charter of the French Language*, R.S.Q., c. C-11 [formerly S.Q. 1977, c. 5], ss. 1, 52 [repl. 1983, c. 56, s. 11], 57, 58 [repl. 1983, c. 56, s. 12], 59, 60, 61, 62 [repl. 1983, c. 56, s. 13], 69, 89, 205 [am. 1986, c. 58, s. 15], 206 [am. 1986, c. 58, s. 15], 207, 208, 214 [en. 1982, c. 21, s. 1].
- Constitution Act, 1867*, ss. 91, 92, 121, 133.
- Constitution Act, 1982*, s. 52.
- Regulation respecting the language of commerce and business*, R.R.Q., c. C-11, r. 9.

Authors Cited

- Chevrette, François. «La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne: le dit et le non-dit» (1987), 21 *R.J.T.* 461.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
- Le Dain, Gerald. «The Supervisory Jurisdiction in Quebec» (1957), 35 *Can. Bar Rev.* 788.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1987] R.J.Q. 50, 5 Q.A.C. 81, 36 D.L.R. (4th) 321, affirming a judgment of the Superior Court, [1982] C.S. 355, dismissing an action in nullity challenging certain provisions of the *Charter of the French Language*. Appeal allowed in part.

Joseph Eliot Magnet, for the appellant.

Yves de Montigny, André Tremblay and Richard Tardif, for the respondent.

Georges Emery, Q.C., André Bluteau and René LeBlanc, for the intervener the Attorney General of Canada.

Grant S. Garneau, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Lois et règlements cités

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2b), 6, 15, 33.
- Charte de la langue française*, L.R.Q., chap. C-11 [auparavant L.Q. 1977, chap. 5], art. 1, 52 [rempl. 1983, chap. 56, art. 11], 57, 58 [rempl. 1983, chap. 56, art. 12], 59, 60, 61, 62 [rempl. 1983, chap. 56, art. 13], 69, 89, 205 [mod. 1986, chap. 58, art. 15], 206 [mod. 1986, chap. 58, art. 15], 207, 208, 214 [ad. 1982, chap. 21, art. 1].
- Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., chap. C-12 [auparavant L.Q. 1975, chap. 6], art. 3, 9.1 [ad. 1982, chap. 61, art. 2], 10 [mod. 1978, chap. 7, art. 112; mod. 1980, chap. 11, art. 34; mod. 1982, chap. 61, art. 3], 15, 52 [rempl. 1982, chap. 61, art. 16].
- Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982, chap. 21, art. 1, 7.
- Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91, 92, 121, 133.
- Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.
- Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. 1983, chap. 56, art. 52.
- Règlement sur la langue du commerce et des affaires*, R.R.Q., chap. C-11, r. 9.

e Doctrine citée

- Chevrette, François. «La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne: le dit et le non-dit» (1987), 21 *R.J.T.* 461.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
- Le Dain, Gerald. «The Supervisory Jurisdiction in Quebec» (1957), 35 *R. du B. can.* 788.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1987] R.J.Q. 50, 5 Q.A.C. 81, 36 D.L.R. (4th) 321, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1982] C.S. 355, qui avait rejeté une action en nullité contestant certaines dispositions de la *Charte de la langue française*.

h Pourvoi accueilli en partie.

Joseph Eliot Magnet, pour l'appelante.

Yves de Montigny, André Tremblay et Richard Tardif, pour l'intimé.

Georges Emery, c.r., André Bluteau et René LeBlanc, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Grant S. Garneau, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Lorraine Weinrib, for the intervener the Attorney General for Ontario.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—This appeal raises the following questions:

1. Whether ss. 52 (formerly 53), 57, 58, 59, 60 and 61 of the *Charter of the French Language*, R.S.Q., c. C-11, purporting to regulate the use of French and other languages in commerce and business, and the *Regulation respecting the language of commerce and business*, R.R.Q., c. C-11, r. 9, are *ultra vires* the Legislature of the Province of Quebec under the *Constitution Act, 1867*;
2. Whether there is a valid and subsisting override provision, enacted pursuant to s. 33 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which protects the above provisions from the application of the *Canadian Charter*;
3. Whether the above provisions infringe the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and s. 3 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12; and
4. Whether the above provisions infringe the right to equality guaranteed by s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the guarantee against discrimination based on language in s. 10 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*.

The appeal is from the judgment on December 22, 1986 of the Quebec Court of Appeal (Monet, Bisson and Chouinard J.J.A.; Montgomery and Paré J.J.A., dissenting), [1987] R.J.Q. 50, 5 Q.A.C. 81, 36 D.L.R. (4th) 321, dismissing the appeal from the judgment on March 26, 1982 of Dugas J. in the Superior Court for the District of Montréal, [1982] C.S. 355, which dismissed the appellant's action in nullity to have ss. 53, 57, 58, 59, 60 and 61 of the *Charter of the French Language* and the *Regulation respecting the language*

Lorraine Weinrib, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Le jugement suivant a été rendu par

LA COUR—Le présent pourvoi soulève les questions suivantes:

1. Les articles 52 (auparavant 53), 57, 58, 59, 60 et 61 de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., chap. C-11, visant à réglementer l'usage du français et d'autres langues dans le commerce et les affaires et le *Règlement sur la langue du commerce et des affaires*, R.R.Q., chap. C-11, r. 9, outrepassent-ils la compétence de l'Assemblée nationale de la province de Québec aux termes de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
2. Y a-t-il une disposition dérogatoire valide et en vigueur, adoptée en vertu de l'art. 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui soustrait les dispositions précitées à l'application de la *Charte canadienne*?
3. Les dispositions précitées portent-elles atteinte à la liberté d'expression que garantissent l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., chap. C-12, du Québec?
4. Les dispositions précitées portent-elles atteinte au droit à l'égalité que garantit l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et à la garantie contre la discrimination fondée sur la langue énoncée à l'art. 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec?

Le pourvoi attaque l'arrêt rendu le 22 décembre 1986 par la Cour d'appel du Québec (les juges Monet, Bisson et Chouinard; les juges Montgomery et Paré étant dissidents), [1987] R.J.Q. 50, 5 Q.A.C. 81, 36 D.L.R. (4th) 321, qui a rejeté l'appel du jugement rendu le 26 mars 1982 par le juge Dugas de la Cour supérieure du district de Montréal, [1982] C.S. 355. Ce jugement rejetait l'action par laquelle l'appelante demandait une déclaration de nullité des art. 53, 57, 58, 59, 60 et 61 de la *Charte de la langue française* et du

of commerce and business, declared null and void as *ultra vires* the Quebec legislature and as infringing ss. 3, 10 and 15 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, S.Q. 1975, c. 6. The issues with respect to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were raised for the first time in this Court.

I

The Appellant's Action in Nullity

In its declaration, re-amended on November 26, 1981, the appellant Allan Singer Ltd., which was one of several plaintiffs in the Superior Court, another being Victor Herbert Devine, whose name appears in the style of cause in the judgments of the Superior Court and the Court of Appeal, alleges that it carries on business as a printer and stationer on Sherbrooke St. in Montréal under a provincial charter; that its business is of long standing; that it services principally an anglophone clientele; that it desires to service that clientele in the English language; and that it makes its business known by means of an English language sign above its entryway, posted some thirty years ago. The appellant further indicates its interest in its action in nullity by reference to administrative and penal procedures taken against it in application of the *Charter of the French Language* for displaying a sign in English outside its premises. The declaration sets out the submissions with respect to the constitutional validity of the challenged provisions under the division of powers and indicates the reliance to be placed on the following provisions of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*: s. 3 respecting freedom of expression, and ss. 10 and 15 respecting discrimination. The declaration concludes for the following relief: (a) a declaration that the challenged provisions of the *Charter of the French Language* and the *Regulation respecting the language of commerce and business* are *ultra vires* the Quebec legislature; and (b) subsidiarily, that they are of no force or effect as infringing provisions of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*.

Règlement sur la langue du commerce et des affaires parce qu'ils outrepassaient la compétence de l'Assemblée nationale du Québec et violaient les art. 3, 10 et 15 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.Q. 1975, chap. 6. Les questions relatives à la *Charte canadienne des droits et libertés* ont été soulevées pour la première fois devant cette Cour.

b

I

L'action en nullité de l'appelante

Dans sa déclaration modifiée le 26 novembre 1981, l'appelante Allan Singer Ltd., qui était un des demandeurs en Cour supérieure (avec Victor Herbert Devine, dont le nom figure dans l'intitulé des jugements de la Cour supérieure et de la Cour d'appel), allègue qu'elle exploite un commerce d'imprimerie et de papeterie, rue Sherbrooke à Montréal, en vertu d'une charte provinciale; que son commerce est établi depuis de nombreuses années; qu'elle dessert principalement une clientèle anglophone; qu'elle désire servir cette clientèle en anglais et qu'elle annonce son commerce par une enseigne en anglais qui a été placée il y a environ trente ans au-dessus de sa porte d'entrée. L'appelante indique de plus son intérêt dans l'action en nullité en faisant état des procédures administratives et pénales prises contre elle aux termes de la *Charte de la langue française* pour avoir affiché un panneau en anglais à l'extérieur de ses locaux. La déclaration énonce ses arguments relatifs à la constitutionnalité des dispositions contestées au titre du partage des compétences et indique en quoi elle s'appuie sur les dispositions suivantes de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec: l'art. 3 concernant la liberté d'expression et les art. 10 et 15 concernant la discrimination. La déclaration demande les redressements suivants: a) une déclaration portant que les dispositions contestées de la *Charte de la langue française* et du *Règlement sur la langue du commerce et des affaires* outrepassent la compétence de l'Assemblée nationale du Québec; et b) subsidiairement, qu'elles sont inopérantes et sans effet parce qu'elles portent atteinte aux dispositions de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec.

Sections 1, 52 (formerly 53), 57, 58, 59, 60, 61, 62, and 89 of the *Charter of the French Language* provide:

1. French is the official language of Québec.
52. Catalogues, brochures, folders and any similar publications must be drawn up in French.

57. Application forms for employment, order forms, invoices, receipts and quittances shall be drawn up in French.

58. Public signs and posters and commercial advertising shall be solely in the official language.

Notwithstanding the foregoing, in the cases and under the conditions or circumstances prescribed by regulation of the Office de la langue française, public signs and posters and commercial advertising may be both in French and in another language or solely in another language.

59. Section 58 does not apply to advertising carried in news media that publish a language other than French, or to messages of a religious, political, ideological or humanitarian nature, if not for a profit motive.

60. Firms employing not over four persons including the employer may erect signs and posters in both French and another language in their establishments. However, the inscriptions in French must be given at least as prominent display as those in the other language.

61. Signs and posters respecting cultural activities of a particular ethnic group in any way may be in both French and the language of that ethnic group.

62. In commercial establishments specializing in foreign national specialties or the specialties of a particular ethnic group, signs and posters may be both in French and in the relevant foreign national language or the language of that ethnic group.

Signs and posters may be posted in the same manner on the outside of establishments described in the first paragraph.

The second paragraph does not apply to establishments specializing in the sale of products used or consumed in Québec as commonly as products that are not foreign specialties or the specialties of a particular ethnic group.

89. Where this act does not require the use of the official language exclusively, the official language and another language may be used together.

Voici le texte des art. 1, 52 (auparavant 53), 57, 58, 59, 60, 61, 62 et 89 de la *Charte de la langue française*:

1. Le français est la langue officielle du Québec.

^a 52. Les catalogues, les brochures, les dépliants et toute autre publication de même nature doivent être rédigés en français.

^b 57. Les formulaires de demande d'emploi, les bons de commande, les factures, les reçus et quittances sont rédigés en français.

58. L'affichage public et la publicité commerciale se font uniquement dans la langue officielle.

^c Toutefois, dans les cas et suivant les conditions ou les circonstances prévus par règlement de l'Office de la langue française, l'affichage public et la publicité commerciale peuvent être faits à la fois en français et dans une autre langue ou uniquement dans une autre langue.

^d 59. L'article 58 ne s'applique pas à la publicité véhiculée par des organes d'information diffusant dans une langue autre que le français ni aux messages de type religieux, politique, idéologique ou humanitaire, pourvu qu'ils ne soient pas à but lucratif.

^e 60. Les entreprises employant au plus quatre personnes, y compris le patron, peuvent afficher à la fois en français et dans une autre langue dans leurs établissements. Toutefois, le français doit apparaître d'une manière au moins aussi évidente que l'autre langue.

^f 61. Pour tout ce qui concerne les activités culturelles d'un groupe ethnique particulier, l'affichage public peut se faire à la fois en français et dans la langue de ce groupe ethnique.

^g 62. Dans les établissements spécialisés dans la vente de produits typiques d'une nation étrangère ou d'un groupe ethnique particulier, on peut afficher à la fois en français et dans la langue de cette nation ou de ce groupe ethnique.

^h On peut afficher de la même façon à l'extérieur de tels établissements.

ⁱ Le deuxième alinéa ne s'applique pas aux établissements spécialisés dans la vente de produits utilisés ou consommés au Québec de façon aussi courante que des produits non typiques d'une nation étrangère ou d'un groupe ethnique particulier.

^j 89. Dans les cas où la présente loi n'exige pas l'usage exclusif de la langue officielle, on peut continuer à employer à la fois la langue officielle et une autre langue.

The *Regulation respecting the language of commerce and business*, which is too detailed to be quoted in its entirety, provides for exceptions to the application of the above provisions of the *Charter of the French Language*. Of particular relevance to the issues in the appeal are ss. 8, 9, 12, 13, 14, 15, 16 and 19 which prescribe exceptions to the application of s. 58 of the *Charter of the French Language* as follows:

8. Signs and posters and displayed commercial advertising relating to a publication, book, record, tape, film or any other similar cultural or educational product may be both in French and in one or several of the languages of the product.

Signs and posters and displayed commercial advertising relating to a greeting card, agenda or calendar that is not for advertising purposes may be both in French and in one or several of the languages of the product.

Signs and posters and displayed commercial advertising relating to a show, speech, course, seminar, talk, radio or television broadcast, or any similar cultural or educational activity may be both in French and in one or several of the languages of that activity.

9. Commercial advertising that is not displayed such as catalogues, brochures, folders and other similar advertising publications and documents relating to a publication, book, record, tape, film or any other similar cultural or educational product may be:

(a) in one or several of the languages of the product to the extent that the product is in one or several languages other than French; or

(b) both in French and in one or several of the languages of the product; or

(c) both in French and in one or several other languages where the product has no specific language.

Commercial advertising that is not displayed, as referred to above, relating to a show, speech, course, seminar, talk, radio or television broadcast or any similar cultural or educational activity may be exclusively in one or several of the languages of the activity to the extent that the activity is in one or several languages other than French or both in French and in one or several of the languages of the activity.

Le Règlement sur la langue du commerce et des affaires, qui est trop détaillé pour être cité intégralement en l'espèce, prévoit des exceptions à l'application des dispositions précitées de la *Charte de la langue française*. Les articles 8, 9, 12, 13, 14, 15, 16 et 19 qui prescrivent des exceptions à l'application de l'art. 58 de la *Charte de la langue française* sont particulièrement pertinents en l'espèce:

8. L'affichage public et la publicité commerciale affichée relatifs à une publication, un livre, un disque, un ruban magnétique, un film, ou à tout autre produit culturel ou éducatif de même nature, peuvent se faire à la fois en français et dans une ou plusieurs des langues de ce produit.

L'affichage public et la publicité commerciale affichée relatifs à une carte de souhaits, un agenda ou un calendrier à caractère non publicitaire peuvent se faire à la fois en français et dans une ou plusieurs des langues de ce produit.

L'affichage public et la publicité commerciale affichée relatifs à un spectacle, un discours, un cours, un séminaire, une conférence, une émission de radio ou de télévision, ou à toute activité culturelle ou éducative de même nature, peuvent se faire à la fois en français et dans une ou plusieurs des langues de cette activité.

9. La publicité commerciale non affichée, notamment les catalogues, brochures, dépliants et autres publications et documents publicitaires de même nature, relative à une publication, un livre, un disque, un ruban magnétique, un film, ou à tout autre produit culturel ou éducatif de même nature, peut se faire:

a) dans une ou plusieurs des langues du produit dans la mesure où ce produit est en une ou plusieurs autres langues que le français; ou

b) à la fois en français et dans une ou plusieurs des langues du produit; ou

c) à la fois en français et dans une ou plusieurs autres langues lorsque le produit n'a pas de langue spécifique.

La publicité commerciale non affichée, ainsi visée, relative à un spectacle, un discours, un cours, un séminaire, une conférence, une émission de radio ou de télévision, ou à toute activité culturelle ou éducative de même nature, peut se faire uniquement dans une ou plusieurs des langues de l'activité est en une ou plusieurs autres langues que le français ou à la fois en français et dans une ou plusieurs des langues de cette activité. (*sic*)

12. Section 58 of the Act does not apply to a message that a natural person posts up on his own behalf at a place that he uses exclusively as a private dwelling.

The same applies for any message posted up on the inside or on the outside of a private means of transport, used for non-commercial purposes, belonging to a natural person.

13. Signs and posters and commercial advertising relating to an event intended for an international public or to an event the majority of whose participants come from outside Québec may be both in French and in one or several other languages.

However, in each of these cases, such messages must be directly related to the nature and to the manifest purpose of the event.

14. During a convention, fair, exhibition or conference intended solely for a specialized or limited public, section 58 of the Act does not apply to signs and posters and commercial advertising intended for that public in a place directly related to the activities of the event.

15. Subject to section 9, distribution in a public place of catalogues, brochures, folders and similar advertising publications or documents written in one or several languages other than French is permitted if they are available there in French under no less favourable conditions of accessibility and quality.

The French text of the catalogues, brochures, folders and similar advertising publications or documents that are distributed in a public place must constitute a separate publication.

Catalogues, brochures, folders and similar advertising publications or documents for distribution elsewhere than in a public place may be written both in French and in one or several other languages within the same publication.

Distribution of those catalogues, brochures, folders and similar advertising publications or documents written in one or several languages other than French, elsewhere than in a public place, to a natural person is permitted where that person requests it in writing. Where such written request has been made, it is valid for any similar publication or document from the same firm and remains in effect until its effect is cancelled by another written request from the same natural person.

16. The following may appear exclusively in one or several languages other than French on signs and post-

12. L'article 58 de la Loi ne s'applique pas à un message qu'une personne physique affiche pour son propre compte au lieu qui ne lui sert que d'habitation privée.

Il en va de même pour tout message affiché à l'intérieur ou à l'extérieur d'un moyen de transport privé, utilisé à des fins non commerciales, appartenant à une personne physique.

13. Peuvent être présentés à la fois en français et dans une ou plusieurs autres langues l'affichage public et la publicité commerciale se rapportant à un événement destiné à un public international ou à un événement dont les participants viennent en majorité de l'extérieur du Québec.

Cependant, dans tous ces cas, ces messages doivent être reliés directement à la nature et au but manifeste de l'événement.

14. L'article 58 de la Loi ne s'applique pas, lors d'un congrès, d'une foire, d'une exposition ou d'un colloque destiné uniquement à un public spécialisé ou restreint, à l'affichage public et la publicité commerciale présentés à ce public dans un lieu directement relié aux activités de l'événement.

15. Sous réserve de l'article 9, dans un lieu public, la diffusion de catalogues, brochures, dépliants et autres publications ou documents publicitaires de même nature, rédigés en une ou plusieurs autres langues que le français est permise s'ils y sont disponibles en français dans des conditions d'accessibilité et de qualité au moins égales.

Le texte français des catalogues, brochures, dépliants et autres publications ou documents publicitaires de même nature, diffusés dans un lieu public, doit constituer une publication distincte.

Pour remise hors d'un lieu public de catalogues, brochures, dépliants et autres publications ou documents publicitaires de même nature, ceux-ci peuvent être rédigés à la fois en français et en une ou plusieurs autres langues dans la même publication.

La remise de ces catalogues, brochures, dépliants et autres publications ou documents publicitaires de même nature rédigés en une ou plusieurs autres langues que le français, hors d'un lieu public, à une personne physique, est permise lorsque celle-ci en fait la demande par écrit. Lorsqu'une telle demande écrite a été faite, elle vaut pour tout autre publication ou document de même nature provenant de la même entreprise et demeure valable jusqu'à ce qu'un autre écrit émanant de la même personne physique en supprime les effets.

16. Peuvent apparaître uniquement en une ou plusieurs autres langues que le français dans l'affichage public et

ers, in commercial advertising and in inscriptions relating to a product as well as in any other document:

(a) the firm name of a firm established exclusively outside Québec;

(b) a trade mark recognized within the meaning of the Trade Marks Act (R.S.C., 1970, c. T-10) before 26 August 1977;

(c) a name of origin, a denomination of a typical product or a speciality with a foreign name, a heraldic motto or any other non-commercial motto;

(d) a place name, a family name, the name of a personality or character, as well as the distinctive name of a cultural product or the distinctive name of any other product if the latter name was used before 25 July 1979.

19. Commercial advertising and signs and posters must appear exclusively in French when placed on the inside or on the outside of any means of transport such as vehicles, airplanes, trains, or ships if those vehicles, airplanes, trains or ships are ordinarily used to transport passengers or freight in Québec, except for messages concerning safety or health. Those messages may appear both in French and in one or several other languages.

Commercial advertising, signs and posters and firm names may appear both in French and in one or several other languages if placed on the inside or on the outside of any means of transport such as vehicles, airplanes, trains or ships if those vehicles, airplanes, trains or ships are ordinarily used to transport passengers or freight both in Québec and outside Québec.

Commercial advertising, signs and posters and firm names may appear exclusively in one or several languages other than French if placed on the inside or on the outside of any means of transport such as vehicles, airplanes, trains or ships if those vehicles, airplanes, trains or ships are ordinarily used to transport passengers or freight outside Québec.

Sections 205, 206, 207 and 208 provide the following sanctions for a contravention of the provisions of the *Charter of the French Language* or the *Regulation respecting the language of commerce and business*:

205. Every person who contravenes a provision of this act other than section 136 or of a regulation made under this act by the Government or by the Office de la langue française is guilty of an offence and liable, in addition to costs,

la publicité commerciale ainsi que dans les inscriptions relatives à un produit, et dans tout autre document:

a) la raison sociale d'une entreprise établie exclusivement hors du Québec;

b) une marque de commerce reconnue au sens de la Loi sur les marques de commerce (S.R.C., 1970, c. T-10) avant le 26 août 1977;

c) une appellation d'origine, une dénomination d'un produit typique ou d'une spécialité d'appellation étrangère, une devise héraldique ou toute autre devise non commerciale;

d) un toponyme, un patronyme, un nom de personnages; également, le nom distinctif d'un produit culturel ou le nom distinctif de n'importe quel autre produit si ce dernier nom était utilisé avant le 25 juillet 1979.

19. Doivent apparaître uniquement en français la publicité commerciale et l'affichage public placés à l'intérieur ou à l'extérieur de tout moyen de transport, notamment des véhicules, avions, trains ou navires, si ceux-ci servent habituellement au transport de passagers ou de marchandises au Québec, sauf en ce qui concerne la sécurité ou la santé. Les messages relatifs à la sécurité ou la santé peuvent apparaître à la fois en français et en une ou plusieurs autres langues.

Peuvent apparaître à la fois en français et en une ou plusieurs autres langues la publicité commerciale, l'affichage public et les raisons sociales placés à l'intérieur ou à l'extérieur de tout moyen de transport, notamment des véhicules, avions, trains ou navires, si ceux-ci servent habituellement au transport de passagers ou de marchandises à la fois au Québec et à l'extérieur du Québec.

Peuvent apparaître uniquement en une ou plusieurs autres langues que le français la publicité commerciale, l'affichage public et les raisons sociales placés à l'intérieur ou à l'extérieur de tout moyen de transport, notamment des véhicules, avions, trains ou navires, si ceux-ci servent habituellement au transport de passagers ou de marchandises à l'extérieur du Québec.

Les articles 205, 206, 207 et 208 prévoient les peines suivantes pour la violation des dispositions de la *Charte de langue française* ou du *Règlement sur la langue du commerce et des affaires*:

205. Quiconque contrevient à une disposition de la présente loi autre que l'article 136 ou des règlements adoptés en vertu de la présente loi par le gouvernement ou par l'Office de la langue française est coupable d'une infraction et passible, en plus du paiement des frais,

(a) for each offence, to a fine of \$30 to \$575 in the case of a natural person, and of \$60 to \$1150 in the case of an artificial person;

(b) for any subsequent offence within two years of a first offence, to a fine of \$60 to \$1150 in the case of a natural person, and of \$575 to \$5750 in the case of an artificial person.

206. A business firm guilty of an offence contemplated in section 136 is liable, in addition to costs, to a fine of \$125 to \$2300 for each day during which it carries on its business without a certificate.

207. The Attorney General or the person authorized by him shall institute, by way of summary proceedings, the prosecutions provided for by this act and shall exercise the recourses necessary for its application.

208. Any court of civil jurisdiction, on a motion by the Attorney General, may order the removal or destruction at the expense of the defendant, within eight days of the judgment, of any poster, sign, advertisement, bill-board or illuminated sign not in conformity with this act.

The motion may be directed against the owner of the advertising equipment or against whoever placed the poster, sign, advertisement, bill-board or illuminated sign or had it placed.

The provisions of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* relied on by the appellant in the Superior Court are ss. 3 and 10, which provide:

3. Every person is the possessor of the fundamental freedoms, including freedom of conscience, freedom of religion, freedom of opinion, freedom of expression, freedom of peaceful assembly and freedom of association.

10. Every person has a right to full and equal recognition and exercise of his human rights and freedoms, without distinction, exclusion or preference based on race, colour, sex, pregnancy, sexual orientation, civil status, age except as provided by law, religion, political convictions, language, ethnic or national origin, social condition, a handicap or the use of any means to palliate a handicap.

Discrimination exists where such a distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing such right.

In the Superior Court the appellant contended that the challenged provisions of the *Charter of*

a) pour chaque infraction, d'une amende de 30 \$ à 575 \$ dans le cas d'une personne physique et de 60 \$ à 1 150 \$ dans le cas d'une personne morale;

b) pour toute récidive dans les deux ans suivant une infraction, d'une amende de 60 \$ à 1 150 \$ dans le cas d'une personne physique, et de 575 \$ à 5 750 \$ dans le cas d'une personne morale.

206. Une entreprise qui commet une infraction visée à l'article 136 est passible, en plus du paiement des frais, d'une amende de 125 \$ à 2 300 \$ pour chaque jour où elle poursuit ses activités sans certificat.

207. Le procureur général ou la personne qu'il autorise intente, par voie sommaire, les poursuites prévues à la présente loi et exerce les recours nécessaires à son application.

208. Un tribunal de juridiction civile peut, à la requête du procureur général, ordonner que soient enlevés ou détruits, dans un délai de huit jours à compter du jugement, les affiches, les annonces, les panneaux-réclame et les enseignes lumineuses qui contreviennent aux dispositions de la présente loi, et ce, aux frais des intimés.

La requête peut être dirigée contre le propriétaire du matériel publicitaire ou contre quiconque a placé ou fait placer l'affiche, l'annonce, le panneau-réclame ou l'enseigne lumineuse.

Devant la Cour supérieure, l'appelante s'est fondée sur les art. 3 et 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, dont voici le texte:

3. Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association.

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

Devant la Cour supérieure, l'appelante a soutenu que les dispositions contestées de la *Charte de*

the French Language were *ultra vires* because they encroached on fundamental liberties beyond provincial legislative jurisdiction and invaded federal legislative jurisdiction with respect to the criminal law and the regulation of interprovincial trade and commerce. Dugas J. rejected these contentions and concluded that the regulation of the use of language to the extent reflected in the challenged provisions fell within provincial legislative jurisdiction. He also held that the challenged provisions did not infringe the freedom of expression guaranteed by s. 3 of the Quebec *Charter*. He was of the view that freedom of expression did not include the freedom to choose one's language of expression. In so far as s. 10 of the Quebec *Charter* is concerned, he held that while anglophones might be placed at a disadvantage by the challenged provisions of the *Charter of the French Language* the provisions applied without discrimination to all persons in Quebec and did not, therefore, infringe s. 10.

In dismissing the appeal from this judgment a majority in the Court of Appeal (Monet, Bisson and Chouinard J.J.A.) held that the challenged provisions of the *Charter of the French Language* fell within provincial legislative jurisdiction with respect to the regulation of commerce within the province. They rejected the appellant's contentions based on the "implied bill of rights" and on federal jurisdiction with respect to criminal law and interprovincial trade and commerce. They also held that the provisions did not infringe the guarantee against discrimination based on language in s. 10 of the Quebec *Charter* for reasons similar to those of Dugas J. The majority further held that the guarantee of freedom of expression in s. 3 of the Quebec *Charter* could not render the challenged provisions inoperative because at the time of the judgment in the Superior Court s. 3 did not, by operation of s. 52 of the Quebec *Charter*, have precedence over the provisions of the other Quebec statutes but only an interpretative effect. The minority (Montgomery and Paré J.J.A.) held that s. 58 (and ss. 59, 60 and 61, which were dependent on it) were *ultra vires* on the ground that while the requirement of the use of French in addition to any other language might serve a valid commercial purpose, the prohibition of the use of any language

la langue française étaient *ultra vires* parce qu'elles portaient atteinte à des libertés fondamentales hors de la compétence législative provinciale et empiétaient sur la compétence législative fédérale en matière de droit criminel et de réglementation des échanges et du commerce interprovincial. Le juge Dugas a rejeté ces arguments et a conclu que, dans la mesure des dispositions contestées, la réglementation de l'usage de la langue était de compétence législative provinciale. Il a également conclu que les dispositions contestées ne portaient pas atteinte à la liberté d'expression garantie par l'art. 3 de la *Charte* québécoise. Il était d'avis que la liberté d'expression ne comprenait pas la liberté de choisir sa langue d'expression. En ce qui concerne l'art. 10 de la *Charte* québécoise, il a conclu que, bien que les anglophones puissent être désavantagés par les dispositions contestées de la *Charte de la langue française*, elles s'appliquaient sans discrimination à tous au Québec et ne portaient donc pas atteinte à l'art. 10.

En rejetant l'appel de ce jugement, la Cour d'appel a conclu à la majorité (les juges Monet, Bisson et Chouinard) que les dispositions contestées de la *Charte de la langue française* relevaient de la compétence législative provinciale en matière de réglementation du commerce dans la province. Les juges de la majorité ont rejeté les arguments de l'appelante fondés sur «la charte des droits implicite» et sur la compétence fédérale en matière de droit criminel et d'échanges et de commerce interprovincial. De plus, ils ont conclu que les dispositions ne portaient pas atteinte à la garantie contre la discrimination fondée sur la langue énoncée à l'art. 10 de la *Charte* du Québec, pour des motifs semblables à ceux du juge Dugas. Ils ont en outre conclu que la garantie de la liberté d'expression que prévoit l'art. 3 de la *Charte* du Québec ne pouvait pas rendre inopérantes les dispositions contestées parce qu'au moment où le jugement a été rendu par la Cour supérieure, l'art. 3 n'avait pas, par application de l'art. 52 de la *Charte* québécoise, préséance sur les dispositions des autres lois du Québec mais seulement une valeur interprétative. Les juges de la minorité (les juges Montgomery et Paré) ont conclu que l'art. 58 (et les art. 59, 60 et 61 qui en dépendent) étaient *ultra vires* pour le motif que, bien que l'exigence de l'usage du

other than French did not. The minority did not find it necessary to consider the contentions based on ss. 3 and 10 of the *Charter*.

This Court cannot agree with the majority's conclusion concerning the precedence of s. 3 over the provisions of other Quebec statutes. As was decided in *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, s. 52 gave s. 3 this precedence as of February 1, 1984. As Pigeon J. noted, discussing the application of amended statutes, in *Cusson v. Robidoux*, [1977] 1 S.C.R. 650, at p. 656, "a court of appeal must decide on the basis of the situation existing when it renders its judgment, and not necessarily on the basis of the situation that existed when the trial judge ruled." This is consistent with our ruling in *Ford* and no substantive difference arises out of the fact that that was a motion for declaratory judgment while the present case was instituted as an action in nullity. Professor Gerald Le Dain (as he then was) wrote, in what has become a classic article, "The Supervisory Jurisdiction in Quebec" (1957), 35 *Can. Bar Rev.* 788, at pp. 789 and 811, that "it may be permissible to regard the direct action in nullity as in essence a form of declaratory action" and that "[s]ince the judgment on a direct action [in nullity] always contains a declaration of ultra vires or nullity and deals with a case of absolute nullity, this recourse bears a strong resemblance to a declaratory action". Certainly in this case there is no substantive difference between a motion for declaratory judgment and a declaratory action which would cause this Court to come to a different conclusion than that reached in *Ford*, namely that on an application for a declaratory judgment in a case of this kind the Court should declare the law as it exists at the time of its judgment. That is the basis on which this case was argued before us and we will proceed by interpreting s. 3 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms* as having precedence over the provisions of other

français en plus de toute autre langue puisse viser un but commercial valide, ce n'est pas le cas de l'interdiction de l'usage d'une autre langue que le français. Les juges de la minorité n'ont pas estimé nécessaire d'examiner les arguments fondés sur les art. 3 et 10 de la *Charte*.

Cette Cour ne peut souscrire à la conclusion de la majorité en ce qui concerne la préséance de l'art. 3 sur les dispositions des autres lois du Québec. Comme nous le décidons dans l'affaire *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, l'art. 52 a donné cette préséance à l'art. 3 dès le 1^{er} février 1984. Ainsi que le faisait observer le juge Pigeon, dans l'arrêt *Cusson c. Robidoux*, [1977] 1 R.C.S. 650, à la p. 656, à propos de l'application de lois modifiées: «une cour d'appel doit juger selon la situation qui existe au moment où elle se prononce, non pas nécessairement selon ce qu'était la situation lorsque le juge du procès a statué». Ce principe est compatible avec notre décision dans *Ford* et aucune différence de fond ne surgit du fait qu'il s'agissait d'une requête en jugement déclaratoire, alors que la présente affaire a commencé par une action en nullité. Le professeur Gerald Le Dain (tel était alors son titre) disait ceci, dans un article devenu classique, «The Supervisory Jurisdiction in Québec» (1957), 35 *R. du B. can.* 788, aux pp. 789 et 811: [TRADUCTION] «On pourrait considérer l'action directe en nullité comme essentiellement une forme d'action déclaratoire» et «[p]uisque le jugement rendu sur une action directe [en nullité] contient toujours une déclaration de nullité ou du caractère ultra vires et traite d'un cas de nullité absolue, ce recours ressemble beaucoup à une action déclaratoire». Il n'y a certainement pas en l'espèce de différence quant au fond entre une requête en jugement déclaratoire et une action déclaratoire qui obligerait la Cour à tirer une conclusion différente de ce qu'elle a conclu dans *Ford*, c'est-à-dire que, sur une requête en jugement déclaratoire dans un cas comme celui-ci, la Cour devrait dire le droit tel qu'il existe au moment de son jugement. C'est ainsi que la présente espèce a été débattue devant cette Cour et nous allons procéder en tenant pour acquis que l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec a préséance sur les disposi-

Quebec statutes, notably here the *Charter of the French Language* and its regulations.

In this Court the appellant was permitted to invoke the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the right to equality guaranteed by s. 15 of the *Canadian Charter*, together with the related question of the validity of the override provision in s. 214 of the *Charter of the French Language*, the Attorney General of Quebec having agreed with the appellant on the statement of the following constitutional questions by Lamer J. in his order of May 11, 1987:

1. To the extent that ss. 58 and 59 of the *Charter of the French Language*, R.S.Q., c. C-11, prescribe the exclusive use of French, are the said sections within the legislative competence of Quebec?
2. To the extent that ss. 52 (formerly s. 53), 57, 60 and 61 of the *Charter of the French Language*, R.S.Q., c. C-11, require the joint use of French, are the said sections within the legislative competence of Quebec?
3. Is section 214 of the *Charter of the French Language*, R.S.Q., c. C-11, as brought into force by S.Q. 1982, c. 21, s. 1, inconsistent with s. 33(1) of the *Constitution Act, 1982* and thereby to the extent of the inconsistency of no force or effect pursuant to s. 52(1) of the latter Act?
4. If the reply to question 3 is in the affirmative, are ss. 52 (formerly s. 53), 57, 58, 59, 60 and 61 of the *Charter of the French Language*, R.S.Q., c. C-11, and the *Regulation respecting the language of commerce and business*, R.R.Q., c. C-11, r. 9, inconsistent with the guarantees of freedom of expression and non-discrimination provided in s. 2(b) and s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and if so in what particulars and to what extent?
5. If the reply to question 4 is in the affirmative in whole or in part, are the said sections of the *Charter of the French Language* and the said Regulation thereunder justified by the application of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and thereby consistent with the *Constitution Act, 1982*?

In this Court the appellant continued to rely on the guarantee against discrimination based on language in s. 10 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms* as well as the guarantee of the right to equality in s. 15 of the *Canadian*

tions des autres lois québécoises, et notamment la *Charte de la langue française* et ses règlements d'application.

a Cette Cour a permis à l'appelante d'invoquer la liberté d'expression que garantit l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et le droit à l'égalité que garantit son art. 15, ainsi que la question connexe de la validité de la disposition b dérogatoire que prévoit l'art. 214 de la *Charte de la langue française*, le procureur général du Québec s'étant mis d'accord avec l'appelante sur l'énoncé par le juge Lamer des questions constitutionnelles suivantes dans son ordonnance du 11 c mai 1987:

1. Dans la mesure où ils prescrivent l'usage exclusif du français, les art. 58 et 59 de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., chap. C-11, relèvent-ils de la compétence législative du Québec?
- d 2. Dans la mesure où ils exigent l'usage concurrent du français, les art. 52 (auparavant 53), 57, 60 et 61 de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., chap. C-11, relèvent-ils de la compétence législative du Québec?
- e 3. L'article 214 de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., chap. C-11, tel que mis en vigueur par L.Q. 1982, chap. 21, art. 1, est-il incompatible avec le par. 33(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et par conséquent inopérant et sans effet en vertu du par. 52(1) de cette dernière Loi?
- f 4. Si la question 3 reçoit une réponse affirmative, les art. 52 (auparavant 53), 57, 58, 59, 60 et 61 de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., chap. C-11, et le *Règlement sur la langue du commerce et des affaires*, R.R.Q., chap. C-11, r. 9, sont-ils incompatibles avec les garanties de liberté d'expression et de non-discrimination prévues à l'al. 2b) et à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et dans l'affirmative à quels égards et dans quelle mesure?
- g h 5. Si la question 4 reçoit une réponse affirmative en totalité ou en partie, est-ce que les articles ci-haut mentionnés de la *Charte de la langue française* et le Règlement précité adopté sous son empire sont justifiés par l'application de l'art. 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et par conséquent compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?
- i

Devant cette Cour, l'appelante a continué à s'appuyer sur la garantie contre la discrimination fondée sur la langue que prévoit l'art. 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec ainsi que sur la garantie du droit à l'éga-

Charter of Rights and Freedoms. The appellant did not rely on s. 15 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*.

II

Whether the Challenged Provisions Are *Ultra Vires* the Quebec Legislature

The first question in the appeal is whether the challenged provisions of the *Charter of the French Language* are *ultra vires* the provincial legislature as being beyond provincial legislative authority under the *Constitution Act, 1867*. It will be noted that the first two constitutional questions distinguish in this respect between provisions requiring the “exclusive use of French” and provisions requiring the “joint use of French”, as did the minority in the Court of Appeal.

It appears to have been accepted by all the members of the Court of Appeal, whether expressly or impliedly, that provincial legislative jurisdiction with respect to language is not an independent one but is rather “ancillary” to the exercise of jurisdiction with respect to some class of subject matter assigned to the province by s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. That conclusion was based primarily on what was said by this Court in *Jones v. Attorney General of New Brunswick*, [1975] 2 S.C.R. 182, and on the opinion of Professor Hogg in *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at pp. 804-806, which in turn is based on what was said in *Jones*. Since this Court agrees with that conclusion, substantially for the reasons given in the Court of Appeal in the judgments of Monet, Chouinard and Paré J.J.A., it would not serve a useful purpose to reproduce here the references to the authorities in support of that conclusion which are fully set out in their opinions, including a long extract from the opinion of Professor Hogg. We adopt the following passages of the opinion of Professor Hogg as a statement of the law on this question, i.e., that:

... language is not an independent matter of legislation (or constitutional value); that there is therefore no single plenary power to enact laws in relation to language; and

lité que prévoit l’art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L’appelante ne s’est pas appuyée sur l’art. 15 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec.

II

Les dispositions attaquées outrepassent-elles la compétence de l’Assemblée nationale de la province de Québec?

La première question soulevée dans le pourvoi est de savoir si les dispositions contestées de la *Charte de la langue française* sont *ultra vires* de l’Assemblée nationale en ce qu’elles outrepassent la compétence législative provinciale sous le régime de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il convient de souligner que les deux premières questions constitutionnelles établissent une distinction à cet égard entre les dispositions exigeant «l’usage exclusif du français» et les dispositions exigeant «l’usage concurrent du français», comme l’ont fait les juges de la minorité en Cour d’appel.

Tous les membres de la Cour d’appel paraissent avoir admis, expressément ou implicitement, que la compétence législative provinciale en matière de langue n’est pas indépendante, mais plutôt «accessoire» à l’exercice de la compétence relative à une catégorie de sujets attribuée à la province par l’art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette conclusion était principalement fondée sur l’opinion exprimée par cette Cour dans l’arrêt *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182 et sur l’opinion du professeur Hogg dans *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), aux pp. 804 à 806, qui est elle-même fondée sur ce que disait l’arrêt *Jones*. Étant donné que la Cour est d’accord avec cette conclusion de la Cour d’appel, essentiellement pour les motifs donnés par les juges Monet, Chouinard et Paré, il n’est pas utile de reproduire ici la doctrine et la jurisprudence citées dans leurs motifs à l’appui de cette conclusion y compris un long extrait de l’opinion du professeur Hogg. Nous reprenons les passages suivants de l’opinion exprimée par le professeur Hogg qui, à notre avis, sont l’énoncé du droit sur cette question:

[TRADUCTION] ... la langue n’est pas une matière législative (ni une valeur constitutionnelle) indépendante; [...] par conséquent, il n’y a pas de pouvoir

that the power to enact a law affecting language is divided between the two levels of government by reference to criteria other than the impact of law upon language. On this basis, a law prescribing that a particular language or languages must or may be used in certain situations will be classified for constitutional purposes not as a law in relation to language, but as a law in relation to the institutions or activities that the provision covers.

... for constitutional purposes language is ancillary to the purpose for which it is used, and a language law is for constitutional purposes a law in relation to the institutions or activities to which the law applies.

In order to be valid, provincial legislation with respect to language must be truly in relation to an institution or activity that is otherwise within provincial legislative jurisdiction.

While agreeing with this premise as to the nature of provincial jurisdiction with respect to language, the members of the Court of Appeal differed, as indicated above, as to whether s. 58 of the *Charter of the French Language*, which requires that public signs and posters and commercial advertising shall be solely in French, is truly in relation to commerce within the province. It should be noted that in the Court of Appeal the appellant apparently did not, as he did in this Court, challenge provincial legislative jurisdiction to require the use of French without prohibiting the use of any other language (the "joint use" of French referred to in the second constitutional question). The majority in the Court of Appeal held that the challenged provisions were in relation to commerce within the province. The minority opinion, as expressed by Paré J.A., with whom Montgomery J.A. concurred in separate dissenting reasons, was that while the provisions requiring the "joint use" of French, to use the terms of the constitutional questions, could be said to be in relation to commerce within the province, those requiring the "exclusive use" of French could not. Paré J. based this distinction on the premise that in order to be in relation to commerce within the province a language provision must be calculated to favour such commerce or at least be of some remedial nature in relation to it. He reasoned that

absolu unique d'adopter des lois relatives à la langue; et [...] le pouvoir d'adopter une loi portant sur la langue est divisé entre les deux ordres de gouvernement par renvoi à des critères autres que l'effet de la loi sur la langue. Ainsi, une loi prescrivant qu'une ou des langues doivent ou peuvent être utilisées dans certaines situations sera classée à des fins constitutionnelles non comme une loi relative à la langue, mais comme une loi relative à l'institution ou aux activités visées par elle.

... à des fins constitutionnelles, la langue est accessoire au but pour lequel elle est utilisée, et une loi portant sur la langue est, à des fins constitutionnelles, une loi relative aux institutions ou aux activités auxquelles elle s'applique.

Pour être valide, une loi provinciale concernant la langue doit véritablement viser une institution ou une activité qui relève de la compétence législative provinciale.

Tout en étant d'accord avec cette proposition en ce qui concerne la nature de la compétence provinciale en matière de langue, les juges de la Cour d'appel ont émis des opinions différentes, comme cela a été indiqué précédemment, sur la question de savoir si l'art. 58 de la *Charte de la langue française*, qui exige que l'affichage public et la publicité commerciale se fassent uniquement en français, se rapporte véritablement au commerce à l'intérieur de la province. Il convient de souligner que, devant la Cour d'appel, l'appellant n'a apparemment pas contesté, comme il l'a fait devant cette Cour, la compétence législative provinciale d'exiger l'usage du français sans interdire l'usage d'une autre langue («usage concurrent» du français mentionné dans la deuxième question constitutionnelle.) La majorité en Cour d'appel a conclu que les dispositions contestées visaient le commerce à l'intérieur de la province. L'opinion des juges de la minorité exprimée par le juge Paré, avec l'appui du juge Montgomery dans des motifs distincts, était que, si on pouvait dire que les dispositions exigeant «usage concurrent» du français, pour reprendre les termes des questions constitutionnelles, se rapportaient au commerce à l'intérieur de la province, cela ne pouvait être le cas pour les dispositions qui exigeaient «usage exclusif» du français. Le juge Paré a fondé cette distinction sur la prémisse que, pour être en rapport avec

while the requirement of the “joint use” of French obviously conferred certain benefits on the francophone population in commercial dealings which would enure to the overall benefit of commerce within the province, the requirement of the exclusive use of French while perhaps conferring some advantage on francophones could not conceivably have any overall beneficial effect on commerce within the province. He concluded that the purpose of the requirement of the “exclusive use” of French was the purely ideological one, unrelated to commerce within the province, of enhancing the status of French.

On this issue we are in agreement with the majority in the Court of Appeal. It is true, as the preamble of the *Charter of the French Language* indicates, that one of its objects is “to make of French the language of . . . commerce and business” but that object necessarily involves the regulation of an aspect of commerce and business within the province, whatever the nature of the effect of such regulation may be. The purpose and effect of the challenged provisions of Chapter VII of the *Charter of the French Language* entitled “The Language of Commerce and Business” is to regulate an aspect of the manner in which commerce and business in the province may be carried on and as such they are in relation to such commerce and business. That the overall object of the *Charter of the French Language* is the enhancement of the status of the French language in Quebec does not make the challenged provisions any less an intended regulation of an aspect of commerce within the province. As such, they fall within provincial legislative jurisdiction under the *Constitution Act, 1867*.

The appellant challenged the validity of both the “exclusive use” and the “joint use” provisions on the basis of the “spirit” or presumed intention concerning the future status of the French and English language arising from the Confederation Debates and the guarantees in s. 133 of the *Con-*

le commerce à l’intérieur de la province, une disposition linguistique doit avoir pour but de favoriser ce commerce ou du moins d’avoir une nature correctrice à l’égard de celui-ci. À son avis, bien que l’exigence portant sur «l’usage concurrent» du français confère de toute évidence certains avantages à la population francophone en matière d’opérations commerciales qui globalement peuvent profiter au commerce à l’intérieur de la province, l’exigence portant sur l’usage exclusif du français bien que conférant peut-être certains avantages aux francophones ne pourrait de façon concevable avantager globalement le commerce à l’intérieur de la province. Il a conclu que le but de l’exigence relative à «l’usage exclusif» du français qui était de rehausser le statut du français, était un but purement idéologique et sans rapport avec le commerce à l’intérieur de la province.

Sur cette question, nous sommes d’accord avec les juges de la majorité de la Cour d’appel. Il est vrai, comme l’indique le préambule de la *Charte de la langue française*, que l’un de ses objets est de «faire du français la langue [. . .] du commerce et des affaires» mais cet objet comporte nécessairement la réglementation d’un aspect du commerce et des affaires à l’intérieur de la province, quelle que puisse être la nature de son effet. Le but et l’effet des dispositions contestées du chapitre VII de la *Charte de la langue française*, intitulé «La langue du commerce et des affaires», est de réglementer un aspect de l’exploitation du commerce et des affaires dans la province et, à ce titre, elles se rapportent à ce commerce et à ces affaires. Même si l’objet global de la *Charte de la langue française* est de rehausser le statut de la langue française au Québec, il n’en demeure pas moins que les dispositions contestées visent à réglementer un aspect du commerce à l’intérieur de la province. À ce titre, elles relèvent de la compétence législative provinciale aux termes de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

L’appelante a contesté la validité des dispositions relatives à «l’usage exclusif» et à «l’usage concurrent» en se fondant sur «l’esprit» ou l’intention présumée concernant le statut futur du français et de l’anglais, selon ce qui ressort des Débats sur la Confédération et des garanties énoncées à

stitution Act, 1867, and adopted the following statement concerning presumed intention by Montgomery J.A. at p. 74:

If there be any doubt in this matter, and in my mind there is none, I would look at the presumed intention of the Parliament of the United Kingdom in enacting the *B.N.A. Act*. I find it utterly inconceivable that [that] Parliament, sitting in England, had the slightest intention of giving to any province the right to ban under penalty the use of the English language, now one of the two official languages of Canada. I seriously question the right of any province to ban its use except under the most exceptional circumstances.

This is not, however, a sufficient basis for a denial of provincial jurisdiction. There are many consequences of the exercise of legislative jurisdiction about which one might make a similar assumption or speculation concerning the intention of the United Kingdom Parliament. The question is not whether a particular exercise of provincial jurisdiction with respect to language was intended but whether such a provincial jurisdiction was intended. Nor is there anything in the Confederation Debates or in the terms of s. 133 of the *Constitution Act, 1867* that requires provincial legislative authority with respect to language to be construed as excluding either an "exclusive use" or "joint use" requirement.

The appellant made elaborate submissions in support of the contention that s. 58, as a prohibition with penal consequences of the use of any language other than French, was criminal law. The appellant referred to the many decisions of this Court, including its most recent judgment in *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59, which have considered the criteria for distinguishing between criminal law and provincial penal provisions in the exercise of a valid provincial regulatory jurisdiction. The essential premise underlying the contention that s. 58 is criminal law is that it is not sufficiently related to a provincial regulatory scheme to meet the test reflected in the cases. This is, in effect, the premise that has been rejected in holding that s. 58 and the other challenged provisions of the *Charter of the French Language* and

l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et elle a adopté l'énoncé suivant du juge Montgomery à la p. 74 concernant l'intention présumée:

[TRADUCTION] S'il devait y avoir un doute à ce sujet, et dans mon esprit il n'y en a aucun, je tiendrais compte de l'intention présumée qu'avait le Parlement du Royaume-Uni en adoptant l'*A.A.N.B.* À mon avis, il est tout à fait inconcevable que le Parlement, siégeant en Angleterre, ait eu la moindre intention d'accorder aux provinces le droit d'interdire, sous peine de sanctions, l'usage de l'anglais qui est maintenant l'une des deux langues officielles du Canada. Je mets sérieusement en doute le droit d'une province d'interdire son usage sauf dans les circonstances les plus exceptionnelles.

Toutefois ce n'est pas un fondement suffisant pour écarter la compétence d'une province. Un grand nombre de conséquences découlant de l'exercice d'une compétence législative pourraient faire l'objet d'une présomption ou de spéculations semblables concernant l'intention du Parlement du Royaume-Uni. La question n'est pas de savoir si tel exercice donné d'une compétence provinciale relative à la langue était prévu mais plutôt de savoir si la compétence provinciale elle-même était prévue. Rien dans les Débats sur la Confédération ni dans les termes de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'exige qu'une compétence législative provinciale en matière linguistique soit interprétée de manière à exclure une exigence relative à «l'usage exclusif» ou à «l'usage concurrent».

L'appelante a présenté des arguments complexes à l'appui du moyen selon lequel l'art. 58, à titre d'interdiction de l'usage d'une langue autre que le français assortie de conséquences pénales, relevait du droit criminel. L'appelante a mentionné les nombreuses décisions de cette Cour, y compris son arrêt très récent *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59, qui ont examiné le critère permettant de distinguer le droit criminel de dispositions pénales provinciales découlant de l'exercice d'une compétence provinciale valide en matière de réglementation. L'argument essentiel à l'appui du moyen selon lequel l'art. 58 relève du droit criminel consiste à dire que cet article n'est pas suffisamment relié à un régime provincial de réglementation pour satisfaire au critère établi par la jurisprudence. En fait, c'est l'argument qui a été

the *Regulation respecting the language of commerce and business* constitute the regulation of an aspect of commerce within the province—the linguistic basis on which certain commercial activity may be carried on. Section 58 cannot be viewed in isolation from the other provisions of the *Charter of the French Language* and the *Regulation respecting the language of commerce and business*. Together they constitute a regulatory scheme directed to certain aspects of commercial activity. The regulatory concern is avowedly the relationship between language status and such commercial activity but it is nevertheless a valid provincial regulatory purpose in relation to commerce within the province. This is not the prohibition of the use of language in and for itself as constituting conduct having affinity with some traditional criminal law concern such as morality or public order. We are therefore of the opinion that s. 58 of the *Charter of the French Language* is not *ultra vires* the provincial legislature as constituting criminal law.

Finally, with respect to the second constitutional question concerning the validity of the provisions requiring the “joint use” of French, the appellant submitted that these provisions by the burden they imposed on anglophones constituted an unconstitutional barrier to the mobility which is a protected feature of the Canadian Constitution, reflected in s. 121 of the *Constitution Act, 1867*, inhering in Canadian citizenship and now guaranteed by s. 6 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In this Court’s estimation that contention is without merit. Assuming for the sake of argument, but not deciding, that mobility is a protected value of the Canadian Constitution, the challenged provisions do not impose conditions which present an unacceptable obstacle to mobility. They are conditions with which anyone may comply, with the necessary professional assistance. They may impose additional burdens on persons considering doing business in the province, which may in some cases discourage such an initiative, but that may be true of other conditions imposed by valid legislation in a province. The challenged provisions are

rejeté pour conclure que l’art. 58 et les autres dispositions contestées de la *Charte de langue française* et du *Règlement sur la langue du commerce et des affaires* sont une réglementation d’un aspect du commerce à l’intérieur de la province—la base linguistique d’une certaine activité commerciale. L’article 58 ne peut être examiné séparément des autres dispositions de la *Charte de la langue française* et du *Règlement sur la langue du commerce et des affaires*. Ces dispositions constituent ensemble un régime de réglementation visant certains aspects de l’activité commerciale. La réglementation vise manifestement le rapport entre le statut de la langue et cette activité commerciale, mais il s’agit néanmoins d’un objectif provincial valide en matière de réglementation se rapportant au commerce à l’intérieur de la province. Il ne s’agit pas d’une interdiction visant l’utilisation en soi de la langue, utilisation qui serait une conduite ayant des affinités avec un sujet traditionnel du droit criminel comme la moralité ou l’ordre public. Nous sommes par conséquent d’avis que l’art. 58 de la *Charte de la langue française* n’est pas *ultra vires* de l’assemblée législative provinciale en tant que disposition de droit criminel.

Finalement, en ce qui a trait à la deuxième question constitutionnelle concernant la validité des dispositions exigeant «l’usage concurrent» du français, l’appelante a soutenu que ces dispositions, en raison du fardeau qu’elles imposaient aux anglophones, constituaient une restriction inconstitutionnelle à la liberté de circulation qui était une valeur protégée par la Constitution canadienne, exprimée à l’art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, inhérente à la citoyenneté canadienne et garantie maintenant par l’art. 6 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cet argument est, à notre avis, sans fondement. Si l’on présume pour les besoins de l’argumentation, mais sans trancher la question, que la liberté de circulation est une valeur protégée par la Constitution canadienne, les dispositions contestées n’imposent pas de conditions qui représentent un obstacle inacceptable à la liberté de circulation. Il s’agit de conditions auxquelles toute personne peut satisfaire avec l’aide professionnelle nécessaire. Elles peuvent imposer un fardeau supplémentaire aux personnes qui envisagent de faire affaire dans la province, et

not designed to prevent people from entering the province. They are simply conditions of doing business in the province with which anyone may comply.

For these reasons this Court is of the opinion that the challenged provisions, whether they require the "exclusive use" or the "joint use" of French are *intra vires* the Legislature of Quebec, and the first two constitutional questions are accordingly answered in the affirmative.

III

Are Any or All of ss. 52 (Formerly s. 53), 57, 58, 59, 60, and 61 of the Charter of the French Language Protected From the Application of ss. 2(b) and 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms by a Valid and Applicable Override Provision Enacted in Conformity with s. 33 of the Canadian Charter?

For the reasons given in *Ford*, ss. 52 (formerly s. 53) and 58 of the *Charter of the French Language* are protected from the application of ss. 2(b) and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by a valid and subsisting override provision, enacted pursuant to s. 33 of the *Canadian Charter*, in the form of s. 52 of *An Act to amend the Charter of the French Language*, S.Q. 1983, c. 56. However, it was held in *Ford* that s. 58 infringes the guarantee of freedom of expression in s. 3 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*, infringes the guarantee against discrimination based on language in s. 10 of the *Quebec Charter*, is not saved from its s. 3 infringement by considerations under s. 9.1, and is thus of no force or effect. In this case, s. 52 of the *Charter of the French Language* is subject to scrutiny only under ss. 3, 9.1 and 10 of the *Quebec Charter*.

Sections 57, 59, 60 and 61 of the *Charter of the French Language* and the *Regulation respecting the language of commerce and business*, which

décourager parfois une telle initiative, mais cela peut être tout aussi vrai dans le cas d'autres conditions imposées par une loi provinciale valide. Les dispositions attaquées ne sont pas destinées à empêcher quiconque d'entrer dans la province. Il s'agit simplement de conditions imposées pour faire affaire dans la province auxquelles toute personne peut se conformer.

Pour ces motifs, la Cour est d'avis que les dispositions contestées, qu'elles exigent «l'usage exclusif» ou «l'usage concurrent» du français, sont de la compétence de l'Assemblée nationale du Québec et qu'il faut donc répondre par l'affirmative aux deux premières questions constitutionnelles.

III

Les articles 52 (auparavant 53), 57, 58, 59, 60 et 61 de la Charte de la langue française, ou certains d'entre eux, sont-ils soustraits à l'application de l'al. 2b) et de l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés par une disposition dérogatoire valide et en vigueur édictée en conformité avec l'art. 33 de la Charte canadienne?

Pour les motifs donnés dans l'arrêt *Ford*, l'art. 52 (auparavant 53) et l'art. 58 de la *Charte de la langue française* sont soustraits à l'application de l'al. 2b) et de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* par une disposition dérogatoire valide et en vigueur adoptée en vertu de l'art. 33 de la *Charte canadienne*, c'est-à-dire l'art. 52 de la *Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. 1983, chap. 56. Toutefois, il a été décidé dans l'arrêt *Ford* que l'art. 58 porte atteinte à la garantie de liberté d'expression que prévoit l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec ainsi qu'à la garantie contre la discrimination fondée sur la langue énoncée à l'art. 10 de la *Charte* du Québec, qu'il n'est pas légitimé par l'art. 9.1 pour ce qui est de la violation de l'art. 3 et qu'il est par conséquent inopérant. En l'espèce, l'art. 52 de la *Charte de la langue française* n'est examiné qu'en fonction des art. 3, 9.1 et 10 de la *Charte québécoise*.

Les articles 57, 59, 60 et 61 de la *Charte de la langue française* et le *Règlement sur la langue du commerce et des affaires* qui exigent l'usage du

require the use of French but permit the use of another language at the same time, are no longer protected from the application of ss. 2(b) and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by a valid and subsisting override provision enacted pursuant to s. 33 of the *Canadian Charter*, since s. 214 of the *Charter of the French Language* ceased to have effect on June 23, 1987. These provisions are, of course, also subject to ss. 3 and 10 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*.

IV

Whether the Freedom of Expression Guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and by s. 3 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms* Includes the Freedom to Express Oneself in the Language of One's Choice

For the reasons given in *Ford*, the matters referred to in ss. 57, 59, 60 and 61 of the *Charter of the French Language* constitute expression within the meaning of s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) includes the freedom to express oneself in the language of one's choice. This analysis applies equally to these sections and to s. 52 as concerns s. 3 of the *Quebec Charter*. That freedom is infringed not only by a prohibition of the use of one's language of choice but also by a legal requirement compelling one to use a particular language. As was said by Dickson J. (as he then was) in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 336, freedom consists in an absence of compulsion as well as an absence of restraint. This Court is thus of the view that ss. 57, 59, 60 and 61 of the *Charter of the French Language*, in so far as they compel the use of the French language, infringe the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. These sections and s. 52 similarly infringe the freedom of expression guaranteed by s. 3 of the *Quebec Charter*.

français mais permettent aussi l'usage d'une autre langue ne sont plus désormais soustraits à l'application de l'al. 2b) et de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* par une disposition dérogatoire valide et en vigueur adoptée en vertu de l'art. 33 de la *Charte canadienne*, puisque l'art. 214 de la *Charte de la langue française* a cessé d'avoir effet le 23 juin 1987. Ces dispositions sont aussi assujetties, bien sûr, aux art. 3 et 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec.

IV

La liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et par l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec inclut-elle la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix?

Pour les motifs exposés dans l'arrêt *Ford*, les art. 57, 59, 60 et 61 de la *Charte de la langue française* ont pour objet une expression au sens de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et la liberté d'expression que garantit l'al. 2b) comprend la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix. Cette analyse s'applique également à ces articles et à l'art. 52, pour ce qui concerne l'art. 3 de la *Charte québécoise*. Il y a violation de cette liberté non seulement par l'interdiction d'utiliser la langue de son choix mais également par l'obligation faite par la loi d'utiliser une langue en particulier. Comme l'a dit 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. 336, la liberté est caractérisée par l'absence de coercition ainsi que par l'absence de contrainte. Par conséquent, la Cour est d'avis que les art. 57, 59, 60 et 61 de la *Charte de la langue française*, dans la mesure où ils imposent l'usage de la langue française, portent atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ces articles, ainsi que l'art. 52 portent également atteinte à la liberté d'expression garantie par l'art. 3 de la *Charte québécoise*.

V

Whether the Limit Imposed on Freedom of Expression by the Challenged Provisions of the Charter of the French Language is Justified Under s. 1 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and s. 9.1 of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms

It remains to be considered whether the limit imposed on freedom of expression by the challenged provisions of the *Charter of the French Language*, which require the use of French while at the same time permitting the use of another language, is justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and s. 9.1 of the *Quebec Charter*. The section 1 and s. 9.1 materials submitted by the Attorney General of Quebec in justification of the challenged provisions were considered in *Ford*. For the reasons there stated, legislation requiring the exclusive as opposed to the predominant use of French is not justified under s. 1 or s. 9.1. Section 58 of the *Charter of the French Language*, as was shown in *Ford*, does require exclusive use of French and therefore does not survive s. 9.1 scrutiny. For the reasons given in that case the requirement of either joint or predominant use is justified under s. 9.1 and s. 1.

However, s. 58 cannot be struck down in isolation; if it is found *ultra vires*, so too are several of its companion provisions at issue in the instant case. Sections 59, 60 and 61 as well as ss. 8, 9, 12, 13, 14, 15, 16 and 19 of the *Regulation respecting the language of commerce and business* create exceptions to s. 58. By leaving these exceptions standing, exceptions which on their own would withstand s. 9.1 or s. 1 scrutiny, the Court would be effecting an inversion of legislative intention. Clearly the sections were enacted in order to provide some relief from the stringent requirement of exclusivity mandated by s. 58. Section 59 simply has no meaning independent of s. 58; it cannot be an explicit exception to a rule that no longer exists. The exception contained in s. 60 is of an implicit nature. It provides that firms employing fewer

V

La restriction imposée à la liberté d'expression par les dispositions contestées de la *Charte de la langue française* est-elle justifiée aux termes de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et de l'art. 9.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec?

Il reste à déterminer si la restriction imposée à la liberté d'expression par les dispositions contestées de la *Charte de la langue française*, qui exigent l'usage du français tout en permettant en même temps l'usage d'une autre langue, est justifiée aux termes de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et de l'art. 9.1 de la *Charte* du Québec. Les documents relatifs à l'article premier et à l'art. 9.1 présentés par le procureur général du Québec pour justifier les dispositions contestées ont été examinés dans l'arrêt *Ford*. Pour les motifs énoncés dans cet arrêt, une mesure législative imposant l'usage exclusif, par opposition à l'usage prédominant, du français ne peut se justifier aux termes de l'article premier ou de l'art. 9.1. L'article 58 de la *Charte de la langue française*, comme il a été démontré dans l'arrêt *Ford*, exige l'emploi exclusif du français et par conséquent ne résiste pas à l'examen de l'art. 9.1. Pour les motifs donnés dans cet arrêt, l'exigence relative à l'usage concurrent ou prédominant du français est justifié aux termes de l'art. 9.1 et de l'article premier.

Toutefois, l'art. 58 ne peut pas être déclaré inopérant de façon isolée; s'il est déclaré *ultra vires* plusieurs dispositions connexes qui sont visées en l'espèce doivent l'être aussi. Les articles 59, 60 et 61 de même que les art. 8, 9, 12, 13, 14, 15, 16 et 19 du *Règlement sur la langue du commerce et des affaires*, créent des exceptions à l'art. 58. Si elle maintenait en vigueur ces exceptions, qui pourraient de façon indépendante résister à l'examen de l'art. 9.1 ou de l'article premier, la Cour donnerait effet à l'inverse de ce qu'était l'intention législative. De toute évidence, ces articles ont été édictés pour atténuer l'exigence stricte de l'usage exclusif que prévoit l'art. 58. L'article 59 n'a aucune signification indépendamment de l'art. 58 puisqu'il ne peut être une exception expresse à une règle qui n'existe plus. L'exception découlant de

than four persons are exempted from the requirement of exclusive use of French found in s. 58. Section 60 further provides that the French language must be given "at least as prominent display" as any inscription in any other language. This requirement is even less demanding than what Quebec could impose consistent with the Court's reasons in *Ford*. But if the general rule, s. 58, is struck down while the exception, s. 60, is allowed to stand, firms employing fewer than four persons—which had been subject to a less stringent regime than other firms—would suddenly be subject to a more stringent regime. Such a reversal of legislative intent can only be avoided if this Court now renders s. 60 of no force or effect. Similarly, once s. 58 is struck down, s. 61 and ss. 8, 9, 12, 13, 14, 15, 16 and 19 of the *Regulation respecting the language of commerce and business* must be struck down as well. Furthermore, because s. 69 of the *Charter of the French Language* has been struck down in *Ford*, the exceptions to s. 69 prescribed by ss. 17 and 18 of the *Regulation respecting the language of commerce and business* are also struck down. Had the appellant contested the validity of s. 62, which also creates an exception to s. 58, it too would have been struck down.

To strike down both s. 58 and its exceptions is consistent with the reasons of Dickson C.J. in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 80. Discussing the *Criminal Code* provisions respecting abortion which were struck down in that case, the Chief Justice noted that counsel for the Crown and for the Attorney General of Canada had both conceded that "the whole of s. 251 should fall if it infringed s. 7":

This was a wise approach, for in *Morgentaler* (1975), at p. 676, the Court held that "s. 251 contains a comprehensive code on the subject of abortions, unitary and complete within itself". Having found that this "comprehensive code" infringes the *Charter*, it is not the role of the Court to pick and choose among the various aspects of s. 251 so as effectively to re-draft the section.

l'art. 60 est implicite. Cet article prévoit que les entreprises employant au plus quatre personnes sont exemptées de l'exigence prévoyant l'usage exclusif du français énoncée à l'art. 58. L'article 60 prévoit en outre que le français doit «apparaître d'une manière au moins aussi évidente» que toute inscription dans une autre langue. Il s'agit d'une exigence encore moins stricte que celle qui pourrait être imposée par le Québec selon les motifs de notre Cour dans l'arrêt *Ford*. Toutefois si la règle générale, l'art. 58, était déclarée inopérante alors que l'exception, l'art. 60, était maintenue, les entreprises employant au plus quatre personnes, qui étaient soumises à des exigences moins rigoureuses, seraient soudainement soumises à des exigences plus rigoureuses que les autres entreprises. Cela aurait donc l'effet inverse de l'intention législative et, pour éviter cela, cette Cour doit déclarer l'art. 60 inopérant. De la même manière, si l'art. 58 est déclaré inopérant, l'art. 61 et les art. 8, 9, 12, 13, 14, 15, 16 et 19 du *Règlement sur la langue du commerce et des affaires* doivent l'être aussi. En outre, comme l'art. 69 de la *Charte de la langue française* a été déclaré inopérant dans l'arrêt *Ford*, les exceptions à l'art. 69 que prévoient les art. 17 et 18 du *Règlement sur la langue du commerce et des affaires* doivent l'être également. Si l'appelante avait contesté la validité de l'art. 62, qui crée également une exception à l'art. 58, il aurait également été déclaré inopérant.

Déclarer inopérants l'art. 58 et ses exceptions est conforme aux motifs du juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, à la p. 80. En analysant les dispositions du *Code criminel* relatives à l'avortement qui ont été rendues inopérantes dans cet arrêt, le Juge en chef a fait remarquer que les avocats du ministère public et du procureur général du Canada avaient tous deux concédé que «tout l'art. 251 doit tomber s'il enfreint l'art. 7»:

C'était fort sage, car dans l'arrêt *Morgentaler* (1975), à la p. 676, la Cour a jugé que: «l'art. 251 est un code sur l'avortement, un code entier et complet en lui-même». Ayant jugé que ce «code entier» enfreint la *Charte*, il n'appartient pas à la Cour de sélectionner divers aspects de l'art. 251 pour, en fait, réécrire l'article.

Although in the present case several sections are in issue, and not a single one as in *Morgentaler*, the same principle applies. A single scheme is being dealt with, and once the parent section which institutes that scheme has been found unconstitutional, the Court must proceed to strike down those exceptions which are necessarily connected to the general rule. In that way, distortions and inconsistencies of legislative intention do not result from finding the major component of a comprehensive legislative regime contrary to the Constitution.

The remaining sections, 52 and 57, if they are preserved, neither cause unintended results in the overall legislative scheme, nor conflict with s. 2(b) of the Canadian *Charter* or s. 3 of the Quebec *Charter* as interpreted in *Ford*. Their subsistence does not cause unintended results because they are not dependent on s. 58 for their meaning, as were ss. 59, 60 and 61. Similarly, their continued existence does not infringe either *Charter* because, while ss. 52 and 57 provide for the publication of such items as catalogues, brochures, order forms and invoices in French, they do not require the exclusive use of French. Section 89 makes it clear that where exclusive use of French is not explicitly required by the Act, the official language and another language may be used together. Following the reasons in *Ford*, permitting joint use passes the scrutiny required by s. 1 of the Canadian *Charter* and s. 9.1 of the Quebec *Charter*. The rational connection between protecting the French language and assuring that the reality of Quebec is communicated through the “*visage linguistique*” by requiring signs to be in French was there established. The same logic applies to communication through such items as brochures, catalogues, order forms and invoices, and the rational connection is again demonstrated. Sections 52 and 57 are therefore sustainable under s. 9.1 of the Quebec *Charter*, and s. 57—the only one of the two subject to the Canadian *Charter*—is sustainable thereunder by virtue of s. 1. It now remains to discuss whether ss. 52 and 57 are contrary to s. 10 of the

Bien qu'en l'espèce plusieurs articles soient visés, et non un seul comme dans l'arrêt *Morgentaler*, le même principe s'applique. Il s'agit d'un ensemble, et quand l'article initial qui lui donne naissance est déclaré inconstitutionnel, la Cour doit déclarer inopérantes les exceptions qui sont nécessairement reliées à la règle générale. C'est le moyen d'éviter que l'annulation de la composante principale d'un ensemble législatif contraire à la Constitution ne cause la déformation ou la contradiction de l'intention législative.

Les articles 52 et 57, s'ils doivent être maintenus en vigueur, n'entraînent pas de résultats non voulus par cet ensemble législatif et n'enfreignent pas l'al. 2b) de la *Charte* canadienne ni l'art. 3 de la *Charte* québécoise comme il ressort de l'arrêt *Ford*. Leur maintien en vigueur ne produit pas de résultats non voulus parce que leur existence ne dépend pas de l'art. 58, comme c'est le cas pour les art. 59, 60 et 61. De même, leur maintien en vigueur ne porte pas atteinte aux *Chartes* car les art. 52 et 57 prévoient la publication de certains articles, tels les catalogues, les brochures, les bons de commande et les factures, en français mais n'exigent pas l'usage exclusif du français. L'article 89 prévoit clairement que, dans les cas où l'usage exclusif du français n'est pas exigé de façon explicite par la loi, la langue officielle et une autre langue peuvent être utilisées conjointement. Selon nos motifs dans l'arrêt *Ford*, l'autorisation de l'usage concurrent résiste à l'examen en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne et de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise. Cet arrêt a établi le lien rationnel qui existe entre le fait de protéger la langue française et le fait d'assurer que la réalité de la société québécoise se reflète dans le «visage linguistique» en exigeant que l'affichage se fasse en français. La même logique s'applique à la communication au moyen de divers articles, tels que les brochures, les catalogues, les bons de commande et les factures, et le lien rationnel est encore une fois démontré. Les articles 52 et 57 peuvent donc être maintenus aux termes de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise et l'art. 57—le seul des deux qui soit assujéti à la *Charte* canadienne—peut être maintenu en vertu de son article premier. Il reste maintenant à déterminer si les art. 52 et 57

Quebec *Charter*, and whether s. 57 is contrary to ss. 15 and 1 of the Canadian *Charter*.

VI

Do the Challenged Provisions of the *Charter of the French Language* Infringe the Guarantee Against Discrimination Based on Language in s. 10 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms* or, Where Applicable, the Guarantee of Equality in s. 15 of the *Canadian Charter of Human Rights and Freedoms*?

As was emphasized in *Ford*, to determine whether a distinction is one based on a prohibited ground within the meaning of s. 10 of the *Quebec Charter*, one must consider the effect of the distinction and not merely what appears on its face. If the distinction is based on a prohibited ground, it will only constitute discrimination within the meaning of s. 10 if it has the effect of nullifying or impairing the right to full and equal recognition and exercise of a human right or freedom recognized by the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*.

The provisions at issue, ss. 52 and 57, on their face apply to everyone regardless of language of use. While their effect is less severe than the requirement of the exclusive use of French under s. 58, they nevertheless impinge differentially on different classes of persons according to their language of use. Francophones are not required to use any language other than their language of use while anglophones and other non-francophones are required to use French, although they may also use another language. This creates a distinction between such persons based on language of use, which is a prohibited ground under s. 10 of the *Quebec Charter*.

Does this distinction have the effect of nullifying or impairing the right to full and equal recognition and exercise of a human right or freedom recognized by the *Quebec Charter*? As in *Ford*, the human right or freedom in issue in this case is freedom of expression guaranteed by s. 3 of the

sont contraires à l'art. 10 de la *Charte* québécoise et si l'art. 57 est contraire à l'art. 15 et à l'article premier de la *Charte* canadienne.

VI

Les dispositions contestées de la *Charte de la langue française* portent-elles atteinte à la garantie contre la discrimination fondée sur la langue que prévoit l'art. 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec ou, si elle s'applique, à la garantie en matière d'égalité que prévoit l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Comme l'a souligné l'arrêt *Ford*, pour déterminer si une distinction est fondée sur un motif interdit par l'art. 10 de la *Charte* québécoise, il faut tenir compte de l'effet de la distinction plutôt que se fonder uniquement sur sa nature apparente. Si la distinction est fondée sur un motif interdit, elle n'est une discrimination au sens de l'art. 10 que si elle a pour effet de détruire ou de compromettre le droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, d'un droit ou d'une liberté de la personne que reconnaît la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec.

Les dispositions visées, les art. 52 et 57, s'appliquent apparemment à tous indépendamment de leur langue usuelle. Bien que leur effet soit moins strict que l'exigence de l'usage exclusif du français que prévoit l'art. 58, elles s'appliquent néanmoins de manière différente à différentes catégories de personnes selon leur langue usuelle. Les francophones ne sont pas tenus d'utiliser une autre langue que leur langue usuelle tandis que les anglophones et les autres non-francophones sont tenus d'utiliser le français, tout en étant autorisés à utiliser également une autre langue. Cette situation crée une distinction entre ces personnes selon leur langue usuelle, ce qui constitue un motif de distinction prohibé aux termes de l'art. 10 de la *Charte* québécoise.

Cette distinction a-t-elle pour effet de détruire ou de compromettre le droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, d'un droit ou d'une liberté de la personne que reconnaît la *Charte* québécoise? Comme dans l'arrêt *Ford*, le droit ou la liberté de la personne en cause ici est la liberté

Quebec Charter. In *Ford* it was found that the right guaranteed by s. 3 extended to protect the freedom to express oneself in the language of one's choice; in this case, however, we have found that s. 3 does not extend to guarantee a right to express oneself exclusively in one's own language. This result was reached by operation of s. 9.1, which does not limit the application of s. 10 but does limit the application of s. 3. Dean François Chevrette, in his article discussing the operation of s. 9.1, "La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne: le dit et le non-dit" (1987), 21 *R.J.T.* 461, at p. 470, has clarified the relationship among ss. 1 through 9, 9.1 and 10 to the same effect:

[TRANSLATION] One final, delicate question remains. By guaranteeing the equal recognition and exercise of rights and freedoms—in particular the rights and freedoms enshrined in ss. 1 to 9—is s. 10 of the Charter itself subject to s. 9.1, especially given that the latter section is arguably incorporated by reference into ss. 1 to 9? In my view, the answer to this question should be no. Doubtless the rights and freedoms protected under ss. 1 to 9 can ultimately be limited by virtue of s. 9.1—this despite the guarantee of their full and equal exercise provided by s. 10. But the limiting clause does not apply to the principle of equality itself. To conclude otherwise would be to broaden the well-defined scope of s. 9.1.

While it is true that s. 9.1 does not apply to the principle of equality enshrined in s. 10, it does apply to the guarantee of free expression enshrined in s. 3. Whenever it is alleged that a distinction on a ground prohibited by s. 10 has the effect of impairing or nullifying a right under s. 3, the scope of s. 3 must still be determined in light of s. 9.1. Where, as here, s. 9.1 operates to limit the scope of freedom of expression guaranteed under s. 3, s. 10 cannot be invoked to circumvent those reasonable limits and to substitute an absolute guarantee of free expression. On the other hand, having specified the scope of free expression, s. 9.1 cannot be invoked to justify a limit upon equal recognition and exercise of the right guaranteed by s. 3. Here, sections 52 and 57 do create a distinction based on language of use but do not have the effect of impairing or nullifying rights guaranteed under

d'expression énoncée à l'art. 3 de la *Charte* québécoise. Dans l'arrêt *Ford*, la Cour a conclu que le droit garanti par l'art. 3 s'étendait à la protection de la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix; toutefois, nous avons conclu dans la présente espèce que l'art. 3 ne comporte pas la garantie du droit de s'exprimer exclusivement dans sa propre langue. Nous sommes parvenus à ce résultat en appliquant l'art. 9.1, qui ne limite pas l'application de l'art. 10 mais limite celle de l'art. 3. Le doyen François Chevrette, dans son article traitant de l'application de l'art. 9.1, «La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne: le dit et le non-dit» (1987), 21 *R.J.T.* 461, à la p. 470, a clarifié le rapport entre les art. 1 à 9, 9.1 et 10 pour aboutir à la même conclusion:

Une dernière et délicate question demeure. C'est celle de savoir si l'article 10 de la Charte, dans la mesure où il garantit l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés—notamment des droits et libertés des articles 1 à 9—, se trouve lui-même assujéti à l'article 9.1 en raison de cette forme d'incorporation qu'il opère de ces derniers. À notre avis, cette question appelle une réponse négative. Certes les droits et libertés—qu'aux termes de l'article 10, toute personne peut exercer en pleine égalité—, peuvent, s'ils se retrouvent aux articles 1 à 9, être éventuellement limités par l'article 9.1. Mais la clause limitative ne s'applique pas au principe même d'égalité. Conclure autrement équivaldrait tout simplement à élargir le champ d'application, par ailleurs clairement délimité, de l'article 9.1.

Bien qu'il soit exact que l'art. 9.1 ne s'applique pas au principe d'égalité enchâssé à l'art. 10, il s'applique à la garantie de liberté d'expression enchâssée à l'art. 3. Chaque fois qu'il est allégué qu'une distinction fondée sur un motif interdit par l'art. 10 a pour effet de compromettre ou de détruire un droit que prévoit l'art. 3, la portée de cet article doit être déterminée à la lumière de l'art. 9.1. Lorsque, comme en l'espèce, l'art. 9.1 a pour effet de limiter la portée de la liberté d'expression que garantit l'art. 3, l'art. 10 ne peut être invoqué pour contourner les limites raisonnables à cette liberté et y substituer une garantie absolue de liberté d'expression. Par ailleurs, une fois définie la portée de la liberté d'expression, l'art. 9.1 ne peut être invoqué pour justifier une limite à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, du droit que garantit l'art. 3. En l'espèce, les art. 52 et 57

s. 3. They thus conform to the Quebec *Charter*. This result is consistent with the reasons of the majority, written by Lamer J., in a recent judgment of this Court, *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90. That case concerned the application of certain provisions of the *Charter of the French Language* and the regulations thereunder which required an appropriate knowledge of French for entry into a professional corporation and provided non-francophones with a means of establishing that they met the requirement by, *inter alia*, taking a French proficiency test. Although Lamer J. found that the testing procedure had a differential effect on non-francophones and therefore created a distinction based on language of use, he also found that the distinction in no way impaired the right, enshrined in s. 17 of the Quebec *Charter*, to be admitted to a professional corporation without discrimination. The right guaranteed by s. 17 necessarily contemplated reasonable admission criteria, including French language proficiency and reasonable measures designed to ensure that candidates for admission were proficient. In coming to this conclusion, Lamer J. did not import s. 9.1 into s. 10. Rather, having found a distinction on a ground prohibited by s. 10, he asked whether the distinction impaired the right guaranteed under s. 17 and came to the conclusion that it did not given the scope of the right to be admitted to a professional corporation without discrimination.

This leaves the question as to whether s. 57 is contrary to ss. 15 and 1 of the Canadian *Charter*. Section 15 of the Canadian *Charter* was invoked by the appellant only before this Court, although the Attorney General of Quebec did agree that constitutional questions be stated and that s. 15 should be in issue. Nevertheless, we do not have the benefit of reasons from the Court of Appeal or from the Superior Court interpreting the application of s. 15 to s. 57. Nor has this Court yet rendered any judgment interpreting the meaning of s. 15. It is not necessary in this case to discuss

créent effectivement une distinction fondée sur la langue usuelle mais n'ont pas pour effet de compromettre ou de détruire des droits garantis par l'art. 3. Ils respectent donc la *Charte* québécoise. ^a Ce résultat est compatible avec les motifs de la majorité, rédigés par le juge Lamer dans un arrêt récent de cette Cour, *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90. Cet arrêt portait sur l'application de certaines dispositions de la *Charte de la langue française* et de son règlement d'application qui exigeaient une connaissance appropriée du français pour l'admission dans une corporation professionnelle et fournissaient aux non-francophones le moyen de démontrer qu'ils satisfaisaient à cette exigence, notamment en subissant un test d'aptitude en français. Bien que le juge Lamer ait conclu que la procédure d'examen avait un effet différent à l'égard des non-francophones et créait ^b donc une distinction fondée sur la langue usuelle, il a également conclu que la distinction ne portait nullement atteinte au droit, enchâssé à l'art. 17 de la *Charte* québécoise, d'être admis dans une corporation professionnelle sans discrimination. Le droit garanti par l'art. 17 envisageait nécessairement des critères d'admission raisonnables, y compris une connaissance appropriée du français et des mesures raisonnables permettant de vérifier la compétence des postulants. Pour arriver à cette conclusion, le juge Lamer n'a pas appliqué l'art. 9.1 à l'art. 10, mais, après avoir conclu qu'il y avait une distinction fondée sur un motif interdit par l'art. 10, il s'est demandé plutôt si la distinction portait ^c atteinte au droit que garantit l'art. 17 et il a conclu que ce n'était pas le cas, compte tenu de la portée du droit d'être admis à une corporation professionnelle sans discrimination.

^d Il nous reste à déterminer si l'art. 57 est contraire à l'art. 15 et à l'article premier de la *Charte* canadienne. L'article 15 de la *Charte* canadienne a été invoqué par l'appelante seulement devant cette Cour, bien que le procureur général du Québec ait accepté que des questions constitutionnelles soient énoncées et que l'art. 15 soit en cause. Néanmoins, nous ne bénéficions pas de motifs de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure qui interprètent l'application de l'art. 15 à l'art. 57. Cette Cour n'a pas encore rendu de jugement interprétant le sens de l'art. 15. Il n'est pas nécessaire en l'espèce

whether s. 57 is *prima facie* in breach of s. 15. We have already determined that it is *prima facie* in breach of s. 2(b). The only question that remains to be answered is whether the application of s. 1 would be any different if there were a *prima facie* breach of s. 15 in this case. More specifically, the question becomes whether the proportionality test laid down in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and restated by Dickson C.J. in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, would yield a different result in this case if the *prima facie* breach in issue were a breach of the rights guaranteed under s. 15. We have already determined that the requirement of joint use of French is rationally connected to the legislature's pressing and substantial concern to ensure that the "*visage linguistique*" of Quebec reflects the predominance of the French language. Does this requirement impair as little as possible the right to equality before and under the law and the right to equal protection and benefit of the law without discrimination? Is it designed not to trench on that right so severely that the legislative objective is nevertheless outweighed by the abridgment of rights? By ensuring that non-francophones can draw up application forms for employment, order forms, invoices, receipts and quittances in any language of their choice along with French, s. 57, read together with s. 89, creates, at most, a minimal impairment of equality rights. Although, as the appellant contended, the requirement of joint use of French might create an additional burden for non-francophone merchants and shopkeepers, there is nothing which impairs their ability to use another language equally. Thus, the conclusion we have reached with respect to the operation of s. 1 stands even if the *prima facie* breach of the Canadian Charter at issue is a breach of s. 15.

As it is our view that the equality guarantees in s. 15 of the Canadian Charter and s. 10 of the Quebec Charter were not infringed, it is unnecessary in this case to decide whether corporations are entitled to the direct benefit of these protections. It

d'examiner la question de savoir si l'art. 57 porte atteinte, à première vue, à l'art. 15. Nous avons déjà conclu qu'il portait atteinte à première vue à l'al. 2b). La seule question restant à trancher est de savoir si l'application de l'article premier serait différente s'il y avait une violation *prima facie* de l'art. 15 en l'espèce. Plus précisément, la question devient celle de savoir si le critère de proportionnalité énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et énoncé de nouveau par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, entraînerait un résultat différent en l'espèce si la violation *prima facie* dont il est question constituait une atteinte aux droits que garantit l'art. 15. Nous avons déjà décidé que l'exigence de l'usage concurrent du français a un lien rationnel avec la préoccupation urgente et réelle de l'Assemblée nationale d'assurer que le visage linguistique du Québec reflète la prédominance du français. Cette exigence porte-t-elle atteinte le moins possible au droit à l'égalité devant la loi et au droit à l'égalité de bénéfice et de protection égale de la loi, indépendamment de toute discrimination? Est-elle conçue de manière à ne pas empiéter sur ce droit au point que la réduction des droits l'emporte sur l'objectif législatif? En veillant à ce que les non-francophones puissent rédiger des formulaires de demandes d'emploi, des bons de commandes, des factures, des reçus et des quittances dans la langue de leur choix, de pair avec le français, l'art. 57 interprété conjointement avec l'art. 89, crée, tout au plus, une atteinte minimale aux droits à l'égalité. Bien que, comme l'appelante l'a soutenu, l'exigence de l'usage concurrent du français puisse créer un fardeau additionnel pour les marchands et les commerçants non francophones, il n'y a rien qui porte atteinte à leur capacité d'utiliser également une autre langue. Par conséquent, notre conclusion concernant l'application de l'article premier demeure même si, à première vue, la violation en cause de la Charte canadienne est une violation de l'art. 15.

Puisque, à notre avis, il n'a pas été porté atteinte aux garanties d'égalité énoncées à l'art. 15 de la Charte canadienne et à l'art. 10 de la Charte québécoise, il n'est pas nécessaire de déterminer en l'espèce si les personnes morales bénéficient direc-

is further unnecessary to decide whether the appellant corporation was entitled to challenge s. 57 as inconsistent with s. 15 of the Canadian Charter.

tement de leur protection. Il n'est pas nécessaire non plus de décider si la compagnie appelante était autorisée à contester l'art. 57 au motif qu'il était incompatible avec l'art. 15 de la *Charte* canadienne.

VII

Answers to the Constitutional Questions and Disposition of Appeal

For these reasons the appeal is allowed in part and the constitutional questions are answered as follows:

1. To the extent that ss. 58 and 59 of the *Charter of the French Language*, R.S.Q., c. C-11, prescribe the exclusive use of French, are the said sections within the legislative competence of Quebec?

Answer: Yes.

2. To the extent that ss. 52 (formerly s. 53), 57, 60 and 61 of the *Charter of the French Language*, R.S.Q., c. C-11, require the joint use of French, are the said sections within the legislative competence of Quebec?

Answer: Yes.

3. Is section 214 of the *Charter of the French Language*, R.S.Q., c. C-11, as brought into force by S.Q. 1982, c. 21, s. 1, inconsistent with s. 33(1) of the *Constitution Act, 1982* and thereby to the extent of the inconsistency of no force or effect pursuant to s. 52(1) of the latter Act?

Answer: Yes, but only to the extent that s. 214 is given retrospective effect by s. 7 of the *Act respecting the Constitution Act, 1982*, S.Q. 1982, c. 21.

4. If the reply to question 3 is in the affirmative, are ss. 52 (formerly s. 53), 57, 58, 59, 60 and 61 of the *Charter of the French Language*, R.S.Q., c. C-11, and the *Regulation respecting the language of commerce and business*, R.R.Q., c. C-11, r. 9, inconsistent with the guarantees of freedom of expression and non-discrimination provided in s. 2(b) and s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and if so in what particulars and to what extent?

Answer: In so far as s. 52 of *An Act to Amend the Charter of the French Language* remains in effect, ss. 52 (formerly s. 53) and 58 of the *Charter of the French Language* are protected from the application of s. 2(b) and s. 15 of the *Canadian Charter of*

VII

Réponses aux questions constitutionnelles et dispositif

Pour ces motifs, le pourvoi est accueilli en partie et il convient de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. Dans la mesure où ils prescrivent l'usage exclusif du français, les art. 58 et 59 de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., chap. C-11, relèvent-ils de la compétence législative du Québec?

Réponse: Oui.

2. Dans la mesure où ils exigent l'usage concurrent du français, les art. 52 (auparavant 53), 57, 60 et 61 de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., chap. C-11, relèvent-ils de la compétence législative du Québec?

Réponse: Oui.

3. L'article 214 de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., chap. C-11, tel que mis en vigueur par L.Q. 1982, chap. 21, art. 1, est-il incompatible avec le par. 33(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et par conséquent inopérant et sans effet en vertu du par. 52(1) de cette dernière Loi?

Réponse: Oui, mais seulement dans la mesure où l'art. 214 a un effet rétroactif par l'application de l'art. 7 de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982, chap. 21.

4. Si la question 3 reçoit une réponse affirmative, les art. 52 (auparavant 53), 57, 58, 59, 60 et 61 de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., chap. C-11, et le *Règlement sur la langue du commerce et des affaires*, R.R.Q., chap. C-11, r. 9, sont-ils incompatibles avec les garanties de liberté d'expression et de non-discrimination prévues à l'al. 2b) et à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et dans l'affirmative à quels égards et dans quelle mesure?

Réponse: Dans la mesure où l'art. 52 de la *Loi modifiant la Charte de la langue française* demeure en vigueur, les art. 52 (auparavant 53) et 58 de la *Charte de la langue française* sont soustraits à l'application de l'al. 2b) et de l'art. 15 de la

Rights and Freedoms. However, s. 58 is inconsistent with the guarantees of freedom of expression and non-discrimination provided in ss. 3 and 10 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*. Section 52 of the *Charter of the French Language* infringes s. 3 but not s. 10 of the Quebec *Charter*. In so far as s. 214 of the *Charter of the French Language* has ceased to have effect, ss. 57, 59, 60 and 61 thereof as well as the *Regulation respecting the language of commerce and business* are subject to s. 2(b) and s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Sections 57, 59, 60 and 61 as well as the *Regulation* are also subject to ss. 3 and 10 of the Quebec *Charter*. Sections 59, 60 and 61 as well as ss. 8, 9, and 12 to 19 of the *Regulation* are inconsistent with the guarantee of freedom of expression in the Canadian and Quebec *Charters* and non-discrimination in the Quebec *Charter*. Section 57 infringes s. 2(b) of the *Canadian Charter* and s. 3 but not s. 10 of the Quebec *Charter*. Because ss. 57, 59, 60 and 61 infringe s. 2(b) of the *Canadian Charter*, it is unnecessary to decide whether they also infringe s. 15 of the *Canadian Charter*.

Charte canadienne des droits et libertés. Toutefois, l'art. 58 est incompatible avec les garanties de liberté d'expression et de non-discrimination énoncées aux art. 3 et 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. L'article 52 de la *Charte de la langue française* porte atteinte à l'art. 3 mais pas à l'art. 10 de la *Charte* québécoise. Dans la mesure où l'art. 214 de la *Charte de la langue française* a cessé d'être en vigueur, les art. 57, 59, 60 et 61 de cette loi ainsi que le *Règlement sur la langue du commerce et des affaires* sont assujettis à l'al. 2b) et à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les articles 57, 59, 60 et 61 ainsi que le *Règlement* sont également assujettis aux art. 3 et 10 de la *Charte* québécoise. Les articles 59, 60 et 61 ainsi que les art. 8, 9 et 12 à 19 du *Règlement* sont incompatibles avec la garantie de liberté d'expression que prévoient les *Chartes* canadienne et québécoise et avec la garantie de non-discrimination de la *Charte* québécoise. L'article 57 porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte* canadienne et à l'art. 3 mais pas à l'art. 10 de la *Charte* québécoise. Étant donné que les art. 57, 59, 60 et 61 portent atteinte à l'al. 2b) de la *Charte* canadienne, il n'est pas nécessaire de déterminer s'ils portent atteinte également à l'art. 15 de la *Charte* canadienne.

5. If the reply to question 4 is in the affirmative in whole or in part, are the said sections of the *Charter of the French Language* and the said *Regulation* thereunder justified by the application of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and thereby consistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer: Sections 58, 59, 60 and 61 as well as ss. 8, 9 and 12 to 19 of the *Regulation* are not justified under s. 9.1 of the Quebec *Charter*. Nor are ss. 59, 60 and 61 or ss. 8, 9 and 12 to 19 of the *Regulation* justified under the *Canadian Charter*. Sections 52 and 57 are justified under

5. Si la question 4 reçoit une réponse affirmative en totalité ou en partie, est-ce que les articles ci-haut mentionnés de la *Charte de la langue française* et le *Règlement* précité adopté sous son empire sont justifiés par l'application de l'art. 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et par conséquent compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse: Les articles 58, 59, 60 et 61 de même que les art. 8, 9 et 12 à 19 du *Règlement* ne sont pas justifiés aux termes de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise. Ni les art. 59, 60 et 61 ni les art. 8, 9 et 12 à 19 du *Règlement* ne sont justifiés aux termes de la *Charte* canadienne. Les articles 52

s. 9.1 of the Quebec *Charter*. Section 57 is also justified under s. 1 of the Canadian *Charter*.

Since the appellant's success in this Court is divided, we would allow the appellant only one half of its costs upon this appeal.

Appeal allowed in part.

Solicitor for the appellant: Joseph Eliot Magnet, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Yves de Montigny and Jean-K. Samson, Ste-Foy.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Canada: Piché, Emery, Montréal; André Bluteau and René LeBlanc, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: Gordon F. Gregory, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Richard F. Chaloner, Toronto.

et 57 sont justifiés aux termes de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise. L'article 57 est également justifié aux termes de l'article premier de la *Charte* canadienne.

^a Puisque l'appelante n'a qu'en partie gain de cause devant cette Cour, nous lui accordons la moitié seulement de ses dépens dans le pourvoi.

Pourvoi accueilli en partie.

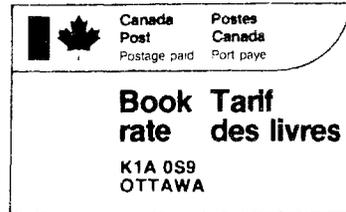
^b *Procureur de l'appelante: Joseph Eliot Magnet, Ottawa.*

^c *Procureurs de l'intimé: Yves de Montigny et Jean-K. Samson, Ste-Foy.*

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Canada: Piché, Emery, Montréal; André Bluteau et René LeBlanc, Ottawa.

^d *Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Gordon F. Gregory, Fredericton.*

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Richard F. Chaloner, 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, 1988 Vol. 2

6^e cahier, 1988 Vol. 2

Cited as [1988] 2 S.C.R. 825-1013

Renvoi [1988] 2 R.C.S. 825-1013

NOTICE

Volume 2 of the Supreme Court Reports [1988]
will contain seven parts.

March 1989

AVIS

Le deuxième volume du Recueil des arrêts de la
Cour suprême [1988] comprend sept cahiers.

Mars 1989

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

Deputy Registrar & Chief Law Editor
ANNE ROLAND, LL.L.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretary
CAROLE LOISELLE

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, 1988.

CONTENTS

R. v. Bernard 833

Criminal law — *Mens rea* — Specific and general intent — Drunkenness — Sexual assault causing bodily harm — Whether or not evidence of self-induced intoxication should be considered in determining whether *mens rea* proved beyond a reasonable doubt — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 246.2(c) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d).

Evidence — Criminal offences — Drunkenness — *Mens rea* — Whether or not evidence of drunkenness should not be considered in proof of *mens rea*.

R. v. Mack 903

Criminal law — Defences — Entrapment — Trafficking conviction — Accused once an addict but had given up narcotics — Police informer persistently requesting accused to sell drugs over lengthy period of time — Informer threatening accused and offering large monetary inducement — Whether or not stay of proceedings should issue on basis of entrapment — Manner in which entrapment claim should be dealt with by the Courts.

R. v. Quin 825

Criminal law — *Mens rea* — Specific and general intent — Drunkenness — Breaking, entering and committing indictable offence — Whether or not evidence of self-induced intoxication

Continued on next page

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

Registraire adjoint & Arrêtiiste en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secrétaire
CAROLE LOISELLE

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, 1988.

SOMMAIRE

R. c. Bernard 833

Droit criminel — *Mens rea* — Intention générale et spécifique — Ivresse — Agression sexuelle causant des lésions corporelles — La preuve de l'intoxication volontaire doit-elle être prise en considération pour déterminer si la *mens rea* a été prouvée hors de tout doute raisonnable? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 246.2c) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d).

Preuve — Infractions criminelles — Ivresse — *Mens rea* — La preuve de l'ivresse doit-elle être prise en considération relativement à la preuve de la *mens rea*?

R. c. Mack 903

Droit criminel — Moyens de défense — Provocation policière — Déclaration de culpabilité de trafic de drogues — Ancien toxicomane — Insistance prolongée d'un indicateur de police pour que l'accusé vende des drogues — Menaces de l'indicateur contre l'inculpé et offre d'une importante somme d'argent — Y a-t-il lieu à suspension d'instance pour cause de provocation policière? — Manière dont les tribunaux doivent traiter une allégation de provocation policière.

R. c. Quin 825

Droit criminel — *Mens rea* — Intention générale et spécifique — Ivresse — Introduction par effraction et perpétration d'un acte criminel — La preuve de l'intoxication volontaire doit-elle

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

should be considered in determining whether *mens rea* proved beyond a reasonable doubt — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 306(1)(b).

R. v. Showman 893

Criminal law — Defences — Entrapment — Meeting between undercover agent and accused set up by friend of accused — Whether or not accused entrapped.

R. v. Strachan 980

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Right to counsel denied while police securing potentially dangerous situation — Real evidence seized before counsel called — Whether or not right to counsel infringed — Whether or not evidence should be excluded for bringing the administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(1), (2) — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 10(2).

Criminal law — Search warrants — Quickly developing situation forcing telephone authorization to change names of officers named in warrant — Whether or not search warrant valid — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 10(2).

Evidence — Evidence obtained in violation of the Charter — Whether or not evidence should be excluded for bringing administration of justice into disrepute.

SOMMAIRE (Fin)

être prise en considération pour déterminer si la *mens rea* a été prouvée hors de tout doute raisonnable? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 306(1)b).

R. c. Showman 893

Droit criminel — Moyens de défense — Provocation policière — Rencontre fixée entre un agent provocateur et l'accusé par un ami de l'accusé — L'accusé a-t-il été victime de provocation policière?

R. c. Strachan 980

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat — Droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat nié pendant que la police prenait en main une situation potentiellement dangereuse — Preuve matérielle saisie avant que l'avocat ait été appelé — Y a-t-il atteinte au droit à l'assistance d'un avocat? — Les éléments de preuve doivent-ils être écartés parce qu'ils sont susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(1), (2) — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 10(2).

Droit criminel — Mandat de perquisition — En raison de l'évolution rapide de la situation, autorisation donnée par téléphone de modifier le nom des agents nommés dans le mandat — Le mandat de perquisition est-il valide? — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 10(2).

Preuve — Éléments de preuve obtenus en violation de la Charte — Les éléments de preuve doivent-ils être écartés parce qu'ils sont susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice?

Mark Edward Quin Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. QUIN

File No.: 18144.

1987: December 8; 1988: December 15.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Mens rea — Specific and general intent — Drunkenness — Breaking, entering and committing indictable offence — Whether or not evidence of self-induced intoxication should be considered in determining whether mens rea proved beyond a reasonable doubt — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 306(1)(b).

Appellant was charged with and acquitted of breaking and entering and committing the indictable offence of assault causing bodily harm contrary to s. 306(1)(b) of the *Criminal Code*. There was considerable evidence that he had been quite drunk when he broke into complainant's apartment and assaulted her and that he was acting very much out of character. The only defence advanced was lack of intent due to appellant's voluntary consumption of alcohol. At trial, the offence charged was held to be one requiring proof of a specific intent and consequently the evidence of self-induced intoxication was considered. The Court of Appeal overturned the acquittal on appeal and entered a conviction. At issue was whether or not the "defence" of drunkenness was available.

Held (Dickson C.J. and Lamer and La Forest JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Beetz and McIntyre JJ.: The charge against the appellant, which was framed under s. 306(1)(b) of the *Criminal Code*, is one of general intent to which the defence of drunkenness does not apply.

Per Wilson and L'Heureux-Dubé JJ.: The offence of breaking and entering and committing the indictable offence of assault causing bodily harm under s. 306(1)(b) of the *Criminal Code* is an offence of general intent. The evidence of drunkenness was not such as to

* Estey and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

Mark Edward Quin Appellant

c.

Sa Majesté La Reine Intimée

a

RÉPERTORIÉ: R. C. QUIN

N° du greffe: 18144.

1987: 8 décembre; 1988: 15 décembre.

b

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

c

Droit criminel — Mens rea — Intention générale et spécifique — Ivresse — Introduction par effraction et perpétration d'un acte criminel — La preuve de l'intoxication volontaire doit-elle être prise en considération pour déterminer si la mens rea a été prouvée hors de tout doute raisonnable? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 306(1)b.

L'appellant a été accusé et acquitté de l'infraction d'introduction par effraction et d'avoir commis l'acte criminel de voies de fait causant des lésions corporelles prévu à l'al. 306(1)b) du *Code criminel*. La preuve indique nettement qu'il était très ivre quand il s'est introduit dans l'appartement de la plaignante et l'a agressée, et qu'il était très bizarre. La seule défense avancée par l'appellant est l'absence d'intention due à sa consommation volontaire d'alcool. Au procès, il a été décidé qu'il s'agissait d'une infraction nécessitant la preuve d'une intention spécifique et, par conséquent, on a tenu compte de la preuve de l'intoxication volontaire. La Cour d'appel a infirmé l'acquiescement et a inscrit une déclaration de culpabilité. Le pourvoi vise à déterminer si on peut invoquer la «défense» d'ivresse.

Arrêt (le juge en chef Dickson et les juges Lamer et La Forest sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Beetz et McIntyre: L'accusation portée contre l'appellant qui a été formulée en vertu de l'al. 306(1)b) du *Code criminel* vise une infraction d'intention générale à laquelle la défense d'ivresse ne s'applique pas.

Les juges Wilson et L'Heureux-Dubé: L'infraction d'introduction par effraction et de perpétration de l'infraction criminelle de voies de fait causant des lésions corporelles aux termes de l'al. 306(1)b) du *Code criminel* est une infraction d'intention générale. La preuve de

* Les juges Estey et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

be capable of negating the minimal intent required under s. 306(1)(b) or of raising a reasonable doubt. The rule in *Leary* should have been applied.

Per Dickson C.J. and Lamer and La Forest JJ. (dissenting): The distinction between specific and general intent should be abandoned and evidence of self-induced intoxication should be taken into account where relevant to the issue of intent. The trial judge heard and correctly considered evidence of self-induced intoxication and concluded in the light of all the evidence that there was a reasonable doubt as to the accused's intent to commit the offence.

Cases Cited

By McIntyre J.

Applied: *R. v. George*, [1960] S.C.R. 871; *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833.

By Wilson J.

Applied: *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29.

By Dickson C.J. (dissenting)

R. v. Campbell (1974), 17 C.C.C. (2d) 320; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 306(1)(a), (b), (c), (d), (e).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1983), 9 C.C.C. (3d) 94, allowing an appeal from acquittal by Pickett Prov. Ct. J. and entering a conviction. Appeal dismissed, Dickson C.J. and Lamer and La Forest JJ. dissenting.

J. David McCombs, for the appellant.

Ian A. MacDonnell, for the respondent.

The reasons of Dickson C.J. and Lamer and La Forest JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting)—This appeal has been brought to the Court on a single question of law, namely:

l'ivresse ne permet pas de nier en l'espèce l'existence de l'intention minimale requise aux termes de l'al. 306(1)b) ni de soulever un doute raisonnable. La règle énoncée dans l'arrêt *Leary* doit être appliquée.

a Le juge en chef Dickson et les juges Lamer et La Forest (dissidents): Il convient d'abandonner la distinction entre l'intention spécifique et générale et on devrait tenir compte de la preuve de l'intoxication volontaire lorsqu'elle est pertinente relativement à la question de l'intention. Le juge du procès a entendu les témoignages et a, à bon droit, pris en considération la preuve de l'intoxication volontaire et a conclu à la lumière de tous les éléments de preuve qu'il y avait un doute raisonnable quant à l'intention de l'accusé de commettre l'infraction.

c Jurisprudence

Citée par le juge McIntyre

Arrêts appliqués: *R. v. George*, [1960] R.C.S. 871; *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833.

Citée par le juge Wilson

Arrêts appliqués: *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29.

Citée par le juge en chef Dickson (dissident)

R. v. Campbell (1974), 17 C.C.C. (2d) 320; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833.

f Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 306(1)a), b), c), d), e).

g POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1983), 9 C.C.C. (3d) 94, qui a accueilli un appel interjeté contre un acquittement prononcé par le juge Pickett de la Cour provinciale et inscrit une déclaration de culpabilité. Pourvoi rejeté, le juge en chef Dickson et les juges Lamer et La Forest sont dissidents.

J. David McCombs, pour l'appelant.

Ian A. MacDonnell, pour l'intimée.

i Version française des motifs du juge en chef Dickson et des juges Lamer et La Forest rendus par

j LE JUGE EN CHEF (dissident)—Le présent pourvoi ne porte que sur une seule question de droit, savoir:

Did the Court of Appeal for the Province of Ontario, err in law in holding that the "defence" of drunkenness was not available to the appellant, Mark Edward Quin, on the charge alleged in the information before the learned Provincial Judge?

The information charges that Quin unlawfully did break and enter a certain place to wit a dwelling house situated at 20 The Maples, 100 Bain Avenue, Toronto, Ontario, and did commit therein the indictable offence of assault causing bodily harm contrary to the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34.

I

Facts

The complainant had ended her relationship with the appellant. He was very fond of her and was upset. He went drinking with a friend. They drank heavily. Shortly after midnight, on the morning of October 27, 1982, the appellant broke into the complainant's apartment and assaulted her. Later, he slashed his own throat. He and the complainant were treated for relatively minor injuries and released from hospital. The appellant was thereupon charged with the offence which is the subject of this appeal, causing bodily harm, contrary to s. 306(1)(b) of the *Code*. While certain factual details are in issue, there was no dispute that the appellant did break into the complainant's home and did assault her.

The only defence advanced was lack of intent due to the appellant's voluntary consumption of alcohol. There was considerable evidence from both Crown and defence witnesses that the appellant was very drunk and acting very much out of character when he broke the window on the front door, unlocked it and forced his way into the apartment. The appellant testified he had not eaten all day, he had slept little in the previous four days, and he had consumed a great deal of alcohol between 8:00 p.m. on October 26th and 12:30 a.m. on October 27th. The defence also led expert psychiatric evidence to establish the effect of the appellant's consumption of alcohol on his mental processes considering the amount he had

[TRADUCTION] La Cour d'appel de la province de l'Ontario a-t-elle commis une erreur de droit en statuant que l'appellant, Mark Edward Quin, ne pouvait invoquer la «défense» d'ivresse contre l'accusation alléguée dans la dénonciation présentée au juge de la Cour provinciale?

Dans la dénonciation, Quin est accusé d'être illégalement entré par effraction dans un endroit, savoir une maison d'habitation située au 20 The Maples, 100, avenue Bain, Toronto (Ontario), et d'y avoir commis l'acte criminel des voies de fait causant des lésions corporelles, prévu au *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34.

c

I

Les faits

La plaignante avait mis fin à sa relation avec l'appellant. Ce dernier, très épris d'elle, était bouleversé. Il est allé boire avec un ami. Ils ont consommé beaucoup d'alcool. Peu après minuit, au matin du 27 octobre 1982, l'appellant est entré par effraction dans l'appartement de la plaignante et l'a agressée. Par la suite, il s'est taillé la gorge. La plaignante et lui-même ont été traités à l'hôpital pour des blessures relativement mineures et ont reçu leur congé. L'appellant a alors été accusé de l'infraction qui fait l'objet du présent pourvoi, d'avoir causé des lésions corporelles, en infraction à l'al. 306(1)(b) du *Code*. Bien que certains détails factuels soient en cause, il n'est pas contesté que l'appellant soit entré par effraction dans la maison de la plaignante et l'ait agressée.

L'absence d'intention en raison de la consommation volontaire d'alcool par l'appellant a été le seul moyen de défense présenté. Il y a eu beaucoup de témoignages de la part des témoins à charge et à décharge selon lesquels l'appellant était en état d'ivresse avancé et qu'il n'était pas vraiment lui-même lorsqu'il a brisé la vitre de la porte d'entrée, l'a déverrouillée et est entré dans l'appartement. L'appellant a déposé qu'il n'avait pas mangé de la journée, qu'il avait très peu dormi au cours des quatre jours précédents et qu'il avait consommé beaucoup d'alcool entre 20 h le 26 octobre et 0 h 30 le 27 octobre. La défense a également présenté le témoignage d'un expert psychiatre pour démontrer l'effet de la consommation d'alcool par

imbibed, his lack of sleep, and failure to eat that day.

II

Judgments in the Ontario Courts

The Provincial Court Judge referred in his reasons to the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Campbell* (1974), 17 C.C.C. (2d) 320, where it was held that the offence of breaking and entering with intent to commit an indictable offence was an offence requiring proof of a specific intent and concluded therefore that evidence of self-induced intoxication could be considered. The judge held that in light of all the evidence, including that of self-induced intoxication, there was a reasonable doubt as to whether the accused had the intention to commit the offence. Quin was acquitted.

The Crown appealed the acquittal of Quin and the Ontario Court of Appeal (MacKinnon A.C.J.O., Martin and Zuber J.J.A.) reversed the acquittal and entered a conviction: see (1983), 9 C.C.C. (3d) 94. The Court held that *Campbell* was not governing as the charge there fell under s. 306(1)(a) and not 306(1)(b) as in the instant case.

Section 306(1) of the *Criminal Code* reads:

306. (1) Every one who

(a) breaks and enters a place with intent to commit an indictable offence therein,

(b) breaks and enters a place and commits an indictable offence therein, or

(c) breaks out of a place after

(i) committing an indictable offence therein, or

(ii) entering the place with intent to commit an indictable offence therein,

is guilty of an indictable offence and is liable

(d) to imprisonment for life, if the offence is committed in relation to a dwelling-house, or

(e) to imprisonment for fourteen years, if the offence is committed in relation to a place other than a dwelling-house. [Emphasis added.]

l'appelant sur ses facultés mentales compte tenu de la quantité qu'il avait bue, de son manque de sommeil et du fait qu'il n'avait pas mangé ce jour-là.

II

Les jugements des tribunaux de l'Ontario

Dans ses motifs, le juge de la Cour provinciale a mentionné l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Campbell* (1974), 17 C.C.C. (2d) 320, où on a conclu que l'infraction d'introduction par effraction avec l'intention de commettre un acte criminel était une infraction qui exigeait la preuve d'une intention spécifique et il a par conséquent conclu qu'on pouvait tenir compte de la preuve de l'intoxication volontaire. Le juge a conclu que, compte tenu de tous les éléments de preuve, y compris celui de l'intoxication volontaire, il y avait un doute raisonnable quant à savoir si l'accusé avait l'intention de commettre l'infraction. Quin a été acquitté.

La poursuite a interjeté appel de l'acquiescement de Quin et la Cour d'appel de l'Ontario, formée du juge en chef MacKinnon et des juges Martin et Zuber, a infirmé l'acquiescement et prononcé une déclaration de culpabilité: voir (1983), 9 C.C.C. (3d) 94. La Cour a conclu que l'arrêt *Campbell* ne constituait pas un précédent étant donné que l'accusation dans cet arrêt relevait de l'al. 306(1)a) et non de l'al. 306(1)b) comme en l'espèce.

Voici le texte du par. 306(1) du *Code criminel*:

306. (1) Quiconque

a) s'introduit en un endroit par effraction avec l'intention d'y commettre un acte criminel,

b) s'introduit en un endroit par effraction et y commet un acte criminel, ou

c) sort d'un endroit par effraction,

(i) après y avoir commis un acte criminel, ou

(ii) après s'y être introduit avec l'intention d'y commettre un acte criminel,

est coupable d'un acte criminel et passible

d) de l'emprisonnement à perpétuité, si l'infraction est commise relativement à une maison d'habitation, ou

e) d'un emprisonnement de quatorze ans, si l'infraction est commise relativement à un endroit autre qu'une maison d'habitation. [Je souligne.]

The court stated that "It is common ground that drunkenness, depending upon the evidence, is a defence to crimes of specific intent". Section 306(1)(a) deals with charges of breaking and entering a place with intent to commit an indictable offence therein, and has been held to create a crime of specific intent. The charge here, however, is under s. 306(1)(b), which involves breaking and entering and committing an indictable offence. The court continued at p. 96:

It was not strenuously argued by counsel for the respondent that the offence of assault causing bodily harm was not a crime of basic or general intent: *D.P.P. v. Majewski*, [1977] A.C. 443; *R. v. Janvier* (1979), 11 C.R. (3d) 399. If the offence alleged to have been committed inside the building after the break and enter is one of specific intent, which does not contain an included offence of general intent, then the offence of drunkenness is available in respect of that offence and consequently the charge in such cases would not be made out. It is equally clear that the defence of self-induced intoxication negating the requisite criminal intent is not available to charges of crimes of general intent. *R. v. George* (1960), 128 C.C.C. 287, [1960] S.C.R. 87, 34 C.R. 1; *Leary v. The Queen* (1977), 33 C.C.C. (2d) 473, 74 D.L.R. (3d) 103, [1978] 1 S.C.R. 29. This being so the defence of intoxication was not available to the defendant in the instant case, and that position affects the entire charge, namely, break and enter and committing the indictable offence of assault causing bodily harm. The acquittal therefore must be set aside and a conviction registered.

III

Disposition

In *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, I have indicated that the distinction between specific and general intent should be abandoned and that in all cases, evidence of self-induced intoxication should be taken into account where relevant to the issue of intent.

I would, therefore, in the case at bar, adopt the reasons in *Bernard*, allow the appeal, set aside the judgment of the Ontario Court of Appeal and

La Cour a dit qu' [TRADUCTION] «il est bien établi que l'ivresse, suivant ce qui ressort de la preuve, constitue un moyen de défense à l'égard des crimes qui nécessitent une intention spécifique». Comme l'alinéa 306(1)a traite des accusations d'introduction par effraction en un endroit avec l'intention d'y commettre un acte criminel, il crée, a-t-on conclu, un crime nécessitant une intention spécifique. Toutefois, l'accusation en l'espèce est portée aux termes de l'al. 306(1)b) qui vise l'introduction par effraction et la perpétration d'un acte criminel. La Cour a ajouté à la p. 96:

[TRADUCTION] L'avocat de l'intimée n'a pas soutenu avec beaucoup d'insistance que l'infraction de voies de fait causant des lésions corporelles n'était pas un crime requérant une intention fondamentale ou générale: *D.P.P. v. Majewski*, [1977] A.C. 443; *R. c. Janvier* (1979), 11 C.R. (3d) 399. Si l'infraction dont on allègue la perpétration dans l'immeuble après l'introduction par effraction requiert une intention spécifique, ce qui ne comporte pas une infraction comprise d'intention générale, alors la défense d'ivresse peut être invoquée à l'égard de cette infraction et par conséquent l'accusation dans de tels cas ne serait pas prouvée. Il est également clair que la défense d'intoxication volontaire qui nie l'intention criminelle requise ne peut être invoquée à l'égard d'accusations portant sur des crimes d'intention générale: *R. v. George* (1960), 128 C.C.C. 287, [1960] R.C.S. 87, 34 C.R. 1; *Leary c. La Reine* (1977), 33 C.C.C. (2d) 473, 74 D.L.R. (3d) 103, [1978] 1 R.C.S. 29. Ainsi, en l'espèce, le défendeur ne pouvait invoquer la défense d'ivresse et cette position a un effet sur toute l'accusation, savoir l'introduction par effraction et la perpétration de l'acte criminel de voies de fait causant des lésions corporelles. Par conséquent, l'acquiescement doit être infirmé et une déclaration de culpabilité enregistree.

III

Dispositif

Dans l'arrêt *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, j'ai indiqué qu'il convient d'abandonner la distinction entre l'intention spécifique et générale et que, dans tous les cas, on devrait tenir compte de la preuve de l'intoxication volontaire lorsqu'elle est pertinente relativement à la question de l'intention.

Par conséquent, je suis d'avis d'adopter en l'espèce les motifs prononcés dans l'arrêt *Bernard*, d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour

restore the verdict of acquittal. The trial judge heard the evidence and correctly considered evidence of self-induced intoxication and concluded in the light of all the evidence that there was a reasonable doubt as to the accused's intent to commit the offence.

The judgment of Beetz and McIntyre JJ. was delivered by

MCINTYRE J.—The facts and issues arising in this case have been adequately set out in the reasons for judgment of the Chief Justice. The charge against the appellant was framed under s. 306(1)(b) of the *Criminal Code* and, as the Court of Appeal found, is one of general intent to which the defence of drunkenness does not apply: see *R. v. George*, [1960] S.C.R. 871, and *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29. For the reasons which I have expressed in *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, I would dismiss the appeal.

The judgment of Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. was delivered by

WILSON J.—I have had the benefit of the reasons of the Chief Justice and of my colleague, Justice McIntyre. I agree with McIntyre J. for the reasons given by him that the offence of breaking and entering and committing the indictable offence of assault causing bodily harm under s. 306(1)(b) of the *Criminal Code* is an offence of general intent.

The facts of this case are set out in the reasons of the Chief Justice. I would add only that, according to the agreed statement of facts, the appellant had telephoned the complainant at 10:30 p.m. on the evening in question, subsequently made his way to the house in which she lived and, upon his arrival, broke the window on the front door and unlocked it and forced his way into her apartment. He then assaulted her, throttled her, verbally abused her and struck her on the head with a beer bottle. The appellant admitted forcing his way into the apartment and pushing the complainant against the wall and sliding to the floor on top of her. As in *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, we

d'appel de l'Ontario et de rétablir le verdict d'acquittement. Le juge du procès a entendu les témoignages et a, à bon droit, pris en considération la preuve de l'intoxication volontaire et a conclu à la lumière de tous les éléments de preuve qu'il y avait un doute raisonnable quant à l'intention de l'accusé de commettre l'infraction.

Version française du jugement des juges Beetz et McIntyre rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Les faits de l'espèce et les questions litigieuses qu'elle soulève ont été exposés dans les motifs de jugement du Juge en chef. L'accusation portée contre l'appelant a été formulée en vertu de l'al. 306(1)(b) du *Code criminel* et, comme l'a conclu la Cour d'appel, elle vise une infraction d'intention générale à laquelle la défense d'ivresse ne s'applique pas: voir *R. v. George*, [1960] R.C.S. 871, et *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29. Pour les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française du jugement des juges Wilson et L'Heureux-Dubé rendu par

LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs du Juge en chef et ceux de mon collègue le juge McIntyre. Je souscris aux motifs du juge McIntyre portant que l'infraction d'introduction par effraction et de perpétration de l'infraction criminelle de voies de fait causant des lésions corporelles aux termes de l'al. 306(1)(b) du *Code criminel* est une infraction d'intention générale.

Le Juge en chef expose les faits de l'espèce. J'ajouterais seulement que, selon l'exposé conjoint des faits, l'appelant a téléphoné à la plaignante à 22 h 30 le soir en question, qu'il s'est ensuite rendu chez elle et qu'en arrivant il a cassé la fenêtre de la porte d'entrée qu'il a déverrouillée et est rentré de force dans son appartement. Il a alors agressé la plaignante, l'a étranglée, insultée et frappée à la tête avec une bouteille de bière. L'appelant reconnaît être rentré de force dans l'appartement, d'avoir poussé la plaignante contre le mur et de s'être glissé sur le sol sur elle. Comme dans l'affaire *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, nous

are dealing with a case of intentional application of force.

Although, as the Chief Justice notes, there was considerable evidence from both the appellant himself and from an expert witness that the appellant was "very drunk and acting very much out of character", there was no evidence of such extreme intoxication as to negate an aware state of mind as in the case of insanity or automatism. Accordingly, the rule in *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29, should, in my view, have been applied by the trial judge.

The Chief Justice in his reasons points out that the trial judge concluded in light of all the evidence, including that of voluntary intoxication, that there was a reasonable doubt as to the accused's intent to commit the offence. The trial judge, in my view, and for the reasons given by the Ontario Court of Appeal (1983), 9 C.C.C. (3d) 94, misdirected himself as to the minimal requirements of s. 306(1)(b) of the *Criminal Code*. He proceeded in fact as if the appellant had been charged under s. 306(1)(a). As the Court of Appeal noted at pp. 95-96:

The provincial judge was of the view that the judgment of this Court in *R. v. Campbell* (1974), 17 C.C.C. (2d) 320, was determinative of the issue whether drunkenness was a defence to the offence charged. However, as pointed out by Mr. Doherty, the charge in *R. v. Campbell, supra*, concerned a charge under s. 306(1)(a) of the *Code* not s. 306(1)(b) as in the instant case. Section 306(1)(a) deals with charges of breaking and entering a place *with* intent to commit an indictable offence therein, creating crimes of specific intent in all cases under the subsection. It is common ground that drunkenness, depending upon the evidence, is a defence to crimes of specific intent. The charge here covers break and enter *and* committing the offence of assault causing bodily harm.

I would agree with the Chief Justice's reasoning and result if the appellant had been charged with the specific intent offence under s. 306(1)(a) of the *Criminal Code*. He was, however, charged with the general intent offence under s. 306(1)(b). Since the evidence was not such as to be capable of

avons à faire avec un cas d'utilisation intentionnelle de la force.

Bien que, comme le Juge en chef le souligne, tant l'appelant lui-même que le témoin expert aient produit une preuve considérable indiquant que l'appelant était [TRADUCTION] «très soûl et bizarre», il n'y a aucune preuve d'ivresse extrême au point de nier l'existence d'un état d'esprit conscient comme dans le cas de l'aliénation ou de l'automatisme. Par conséquent le juge du procès aurait dû, à mon avis, appliquer la règle énoncée dans l'arrêt *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29.

Dans ses motifs, le Juge en chef souligne que le juge du procès a conclu à la lumière de toute la preuve, y compris celle de l'intoxication volontaire, qu'il existait un doute raisonnable quant à l'intention de l'accusé de commettre l'infraction. À mon avis et pour les motifs donnés par la Cour d'appel de l'Ontario (1983), 9 C.C.C. (3d) 94, le juge du procès s'est donné des directives erronées sur les exigences minimales de l'al. 306(1)(b) du *Code criminel*. Il a jugé en fait comme si l'appelant avait été accusé aux termes de l'al. 306(1)(a). Comme la Cour d'appel l'a souligné aux pp. 95 et 96:

[TRADUCTION] Le juge provincial a estimé que l'arrêt de cette Cour *R. v. Campbell* (1974), 17 C.C.C. (2d) 320, était déterminant sur la question de l'ivresse en tant que défense opposable à l'infraction imputée. Toutefois, comme M^e Doherty l'a souligné, l'accusation dans l'affaire *R. v. Campbell, précitée*, visait une accusation en vertu de l'al. 306(1)(a) du *Code* et non l'al. 306(1)(b) comme en l'espèce. L'alinéa 306(1)(a) traite d'accusations d'introduction par effraction *avec* l'intention de commettre une infraction criminelle dans l'endroit en cause, ce qui crée des crimes d'intention spécifique dans toutes les affaires relevant de l'alinéa. Il est bien établi que l'ivresse, selon ce qui ressort de la preuve, constitue une défense aux crimes d'intention spécifique. L'accusation en l'espèce vise l'infraction d'introduction par effraction *et* la perpétration de l'infraction de voies de fait causant des lésions corporelles.

J'aurais été d'accord avec le raisonnement du Juge en chef et le résultat qu'il propose si l'appelant avait été inculpé de l'infraction d'intention spécifique aux termes de l'al. 306(1)(a) du *Code criminel*. Toutefois il a été accusé de l'infraction d'intention générale aux termes de l'al. 306(1)(b).

negating the minimal intent required under s. 306(1)(b), I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed, DICKSON C.J. and LAMER and LA FOREST JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: J. David McCombs, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Étant donné que la preuve ne permet pas de nier en l'espèce l'existence de l'intention minimale requise aux termes de l'al. 306(1)b), je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

^a Pourvoi rejeté, le juge en chef DICKSON et les juges LAMER et LA FOREST sont dissidents.

Procureur de l'appellant: J. David McCombs, Toronto.

^b Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Nelson Pierre Bernard *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BERNARD

File No.: 19558.

1987: December 8; 1988: December 15.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Mens rea — Specific and general intent — Drunkenness — Sexual assault causing bodily harm — Whether or not evidence of self-induced intoxication should be considered in determining whether mens rea proved beyond a reasonable doubt — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 246.2(c) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d).

Evidence — Criminal offences — Drunkenness — Mens rea — Whether or not evidence of drunkenness should not be considered in proof of mens rea.

Appellant was charged with sexual assault causing bodily harm contrary to s. 246.2(c) of the *Criminal Code*, tried by judge and jury, and found guilty. He admitted forcing the complainant to have sexual intercourse with him and stated that his drunkenness caused the attack on her. The Ontario Court of Appeal dismissed an appeal from conviction. At issue here is whether evidence of self-induced intoxication should be considered by the trier of fact, along with all other relevant evidence, in determining whether the prosecution has proved beyond a reasonable doubt the *mens rea* required to constitute the offence.

Held (Dickson C.J. and Lamer J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Beetz and McIntyre JJ.: The general intent offence is one in which the only intent involved relates solely to the performance of the act in question with no further ulterior intent or purpose. A specific intent offence is one which involves the performance of the *actus reus* coupled with an intent or purpose going beyond the mere performance of the questioned act. The

* Estey and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

Nelson Pierre Bernard *Appellant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. BERNARD

N° du greffe: 19558.

1987: 8 décembre; 1988: 15 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

Droit criminel — Mens rea — Intention générale et spécifique — Ivresse — Agression sexuelle causant des lésions corporelles — La preuve de l'intoxication volontaire doit-elle être prise en considération pour déterminer si la mens rea a été prouvée hors de tout doute raisonnable? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 246.2c) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d).

Preuve — Infractions criminelles — Ivresse — Mens rea — La preuve de l'ivresse doit-elle être prise en considération relativement à la preuve de la mens rea?

L'appelant a été accusé d'agression sexuelle causant des blessures corporelles en infraction à l'al. 246.2c) du *Code criminel*; il a été jugé par juge et jury et a été reconnu coupable. Il a admis avoir forcé la plaignante à avoir des relations sexuelles avec lui et a déclaré qu'il l'avait attaquée parce qu'il était ivre. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel interjeté à l'encontre de la déclaration de culpabilité. Le pourvoi vise à déterminer si le juge des faits doit prendre en considération la preuve de l'intoxication volontaire avec tous les autres éléments de preuve pertinents pour déterminer si le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable la *mens rea* requise pour constituer l'infraction.

Arrêt (le juge en chef Dickson et le juge Lamer sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Beetz et McIntyre: L'infraction d'intention générale est celle pour laquelle l'intention se rapporte uniquement à l'accomplissement de l'acte en question, sans qu'il y ait d'autre intention ou dessein. Une infraction d'intention spécifique se caractérise par la perpétration de l'*actus reus* assortie d'une intention ou d'un dessein qui ne se limite pas à l'accomplissement de l'acte

* Les juges Estey et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

distinction, which is neither artificial nor based on a legal fiction, is not divorced from logical underpinnings.

Drunkenness in a general sense is not a true defence to a criminal act. The defence, however, may apply in a specific intent offence when the accused is so intoxicated that he lacks the capacity to form the specific intent required to commit the crime. The defence does not apply in offences of general intent.

The elements of a charge under s. 246.2(c) are an assault which, objectively viewed, is of a sexual nature as a consequence of which the complainant has suffered bodily injury. The requisite mental element is only the intention to commit the assault. The surrounding circumstances are to be considered for evidence of its sexual nature and of the resulting bodily harm. The resulting interference with the physical integrity of the complainant aggravates the seriousness of a sexual assault but the mental element remains the same.

The Crown must still prove the *mens rea* in a general intent offence, notwithstanding the absence of a defence of voluntary intoxication. This can be proved in two ways. Firstly, the *mens rea* in most cases can be inferred from the *actus reus* itself: a person is presumed to have intended the natural and probable consequences of his actions. Secondly, where the accused was so intoxicated as to raise doubt as to the voluntary nature of his conduct, the Crown may establish the necessary blameworthy mental state of the accused by proving voluntary self-induced intoxication. As a result, persons accused of these crimes cannot hold up voluntary drunkenness as a defence.

The rule in *Leary* does not convert the offence in s. 246.2(c) into an absolute liability offence by removing the Crown's onus of proving the requisite intention and, accordingly, does not violate ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The rule upholds the principle that the morally innocent should not be convicted for it recognizes that accused persons who have voluntarily consumed drugs or alcohol, thereby depriving themselves of self-control leading to the commission of a crime, are not morally innocent and are, indeed, criminally blameworthy.

If the trial judge wrongly excluded the evidence of drunkenness, s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*

en question. Cette distinction, qui n'est ni artificielle ni ne repose sur une fiction juridique, n'est pas privée de fondement logique.

^a L'ivresse au sens général ne constitue pas véritablement une défense opposable à une accusation d'avoir commis un acte criminel. La défense peut toutefois s'appliquer à un crime d'intention spécifique lorsque l'état d'ébriété de l'accusé est de nature à le rendre incapable de former l'intention spécifique requise pour commettre le crime. Elle ne s'applique cependant pas aux infractions d'intention générale.

^b Les éléments d'une accusation portée en vertu de l'al. 246.2c) sont une agression qui, considérée objectivement, a un caractère sexuel et qui a pour conséquence des lésions corporelles subies par le plaignant. Le seul élément moral requis est l'intention de commettre l'agression. Les circonstances dans lesquelles elle a eu lieu doivent être examinées pour dégager la preuve du caractère sexuel de l'agression et des lésions corporelles qu'elle a causées. L'atteinte à l'intégrité physique du plaignant qui en est la conséquence aggrave l'agression sexuelle, mais l'élément moral demeure le même.

^c Le ministère public doit toujours prouver la *mens rea* pour les infractions d'intention générale, indépendamment de l'absence d'une défense d'intoxication volontaire. Il peut la prouver de deux façons. Premièrement, la *mens rea* peut dans la plupart des cas se déduire de l'*actus reus* lui-même: une personne est présumée avoir voulu les conséquences naturelles et probables de ses actes. Deuxièmement, dans les cas où l'accusé était ivre au point de faire naître des doutes quant au caractère volontaire de sa conduite, le ministère public peut établir que l'accusé avait l'état mental coupable nécessaire en prouvant l'intoxication volontaire. En conséquence, les personnes accusées de ces crimes ne peuvent invoquer l'ivresse volontaire en défense.

^d La règle énoncée dans l'arrêt *Leary* ne transforme pas l'infraction prévue à l'al. 246.2c) en crime de responsabilité absolue, en dispensant le ministère public de prouver l'intention requise et, par conséquent, il n'enfreint pas l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La règle confirme le principe que ceux qui sont moralement innocents ne devraient pas se voir déclarer coupables, car elle reconnaît que les accusés qui ont volontairement consommé des stupéfiants ou de l'alcool, se privant ainsi de la maîtrise de soi, ce qui mène à la perpétration d'un crime, loin d'être moralement innocents, sont en fait coupables en droit criminel.

^e Si le juge du procès a exclu à tort la preuve de l'ivresse, il faut appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii) du

should be applied because no substantial wrong or miscarriage of justice occurred here.

Per Wilson and L'Heureux-Dubé JJ.: Sexual assault causing bodily harm is an offence of general intent requiring only the minimal intent to apply force. Here, as in most cases involving general intent offences and intoxication, the Crown can establish the accused's blameworthy mental state by inference from his or her acts. The evidence of intoxication withheld from the trier of fact could not possibly have raised a reasonable doubt as to the existence of the minimal intent to apply force.

The *Leary* rule is perfectly consistent with an onus resting on the Crown to prove the minimal intent which should accompany the doing of the prohibited act in general intent offences. The rule, as applied in its more flexible form, should be preserved so that evidence of intoxication can go to the trier of fact in general intent offences only if it is evidence of extreme intoxication involving an absence of awareness akin to a state of insanity or automatism. Only in such a case is the evidence capable of raising a reasonable doubt as to the existence of the minimal intent required for the offence. Evidence of intoxication should not go to the trier of fact in every case regardless of its possible relevance to the issue of the existence of the minimal intent required for the offence. The rule in *Leary* should not be overruled.

Leary does not operate so as to relieve the Crown from proving the existence of the required minimal intent and so turn the offence into one of absolute liability. The Crown must still prove beyond a reasonable doubt the existence of the required mental element of the intentional application of force.

Per La Forest J.: The requirement of *mens rea* in truly criminal offences is so fundamental that it cannot, since the *Charter*, be removed on the basis of judicially-developed policy. If incursions are to be made upon fundamental legal values, Parliament, not the courts, must do so. Although established common law rules should not lightly be assumed to violate the *Charter*, when a common law rule is found to violate a *Charter* right, that violation must be justified in the same way as legislative rules. No adequate justification was made here. However, s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* could properly be applied as no substantial wrong or miscarriage of justice occurred here.

Code criminel car cela n'a pas entraîné de tort important ni d'erreur judiciaire grave en l'espèce.

Les juges Wilson et L'Heureux-Dubé: L'agression sexuelle causant des lésions corporelles est une infraction d'intention générale exigeant seulement l'intention minimale d'utiliser la force. En l'espèce comme dans la plupart des cas mettant en cause des infractions d'intention générale et l'intoxication, le ministère public peut prouver l'état mental blâmable de l'accusé en le déduisant de ses actes. Il est impossible que la preuve de l'intoxication, qui n'a pas été soumise au juge des faits, ait pu soulever un doute raisonnable quant à l'existence de l'intention minimale d'utiliser la force.

La règle énoncée dans l'arrêt *Leary* est tout à fait compatible avec la charge imposée au ministère public de prouver l'intention minimale qui doit accompagner l'exécution de l'acte prohibé dans les infractions d'intention générale. La règle, appliquée dans la forme plus souple, doit être préservée pour permettre que la preuve de l'intoxication soit soumise au juge des faits pour les infractions d'intention générale seulement s'il s'agit d'une preuve d'intoxication extrême entraînant l'absence de conscience voisine de l'aliénation ou de l'automatisme. C'est seulement dans ce cas que la preuve peut soulever un doute raisonnable sur l'existence de l'intention minimale requise par l'infraction. La preuve de l'intoxication ne doit pas être soumise au juge des faits dans tous les cas, indépendamment de sa pertinence possible à l'égard de la question de l'existence de l'intention minimale requise pour l'infraction. La règle énoncée dans l'arrêt *Leary* ne doit pas être renversée.

L'arrêt *Leary* n'a pas pour effet de dégager le ministère public de l'obligation de prouver l'existence de l'intention minimale requise pour l'infraction ni d'en faire une infraction de responsabilité absolue. Le ministère public doit toujours prouver hors de tout doute raisonnable l'existence de l'élément mental requis, soit le recours intentionnel à la force.

Le juge La Forest: L'exigence de la *mens rea* dans les infractions véritablement criminelles est tellement fondamentale qu'on ne peut la supprimer depuis l'avènement de la *Charte*, sur la base d'une politique de droit prétorien. Si on doit porter atteinte aux valeurs juridiques fondamentales, il appartient au législateur de le faire et non aux tribunaux. Même si on ne doit pas présumer à la légère que des règles de *common law* violent un droit garanti par la *Charte*, toute violation éventuelle doit être justifiée de la même façon que dans le cas des règles législatives. Aucune justification valable n'a été présentée en l'espèce. Toutefois, le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* peut à bon droit s'appliquer car il n'y a pas eu de tort important ni d'erreur judiciaire grave.

Per Dickson C.J. and Lamer J. (dissenting): Evidence of self-induced intoxication should be considered by the trier of fact, along with all other relevant evidence, in determining whether the *mens rea* required to constitute the offence has been proved beyond a reasonable doubt. Intoxication is relevant in principle to the mental element required in crime.

The unrestrained application of basic *mens rea* doctrine would not open a gaping hole in the criminal law inimical to social protection. Intoxication, to the extent that it merely lowers inhibitions, removes self-restraint or induces unusual self-confidence or aggressiveness, does not relate to the *mens rea* requirement for volitional and intentional or reckless conduct. Similarly, intoxication would be of no avail to an accused who got drunk in order to gain the courage to commit a crime or to aid in his defence. Juries are quite able to weigh all the evidence in a fair and responsible manner and are unlikely to acquit too readily those who have committed offences while intoxicated.

The distinction between "general" and "specific" intent, which is used to exclude otherwise relevant evidence from the jury, is artificial and two fundamental problems stem from it. Firstly, Parliament, not the courts, should alter the law if it is to be done in the name of policy over principle. Secondly, even if it were appropriate for the courts to do so, there is no evidence that the artificiality of the specific intent requirement is actually required for social protection.

Leary, which gave rise to the distinction between general and specific intent, should be overruled. This pre-*Charter* decision imposes a form of absolute liability on intoxicated offenders: an essential element is presumed on proof of intoxication. The *Charter* right to be presumed innocent until proven guilty and the presumption of innocence are accordingly infringed. The rule in *Leary* cannot be upheld under s. 1 of the *Charter*, because the objective of protecting the public, while important, is not achieved within the scope of the *Oakes* proportionality test. *Leary* has also been undermined independently of the *Charter*. An honest but unreasonable mistaken belief in consent negates the *mens rea* required for some crimes. The jury's task in determining whether or not the belief was honestly held is unnecessarily complicated by the *Leary* qualification concerning mistake of fact. The uncertainty caused by *Leary* also

Le juge en chef Dickson et le juge Lamer (dissidents): Le juge des faits doit prendre en considération avec tous les autres éléments de preuve pertinents la preuve de l'intoxication volontaire pour déterminer si la *mens rea* requise pour qu'il y ait infraction a été prouvée hors de tout doute raisonnable. L'intoxication est pertinente en principe à l'égard de l'élément moral requis pour un crime.

L'application sans restriction du principe fondamental de la *mens rea* ne créerait pas en droit criminel une immense lacune qui compromettrait la protection de la société. Dans la mesure où l'intoxication ne fait que diminuer les inhibitions, supprimer la retenue ou provoquer une confiance en soi ou une agressivité inhabituelles, elle n'a rien à voir avec l'exigence d'une *mens rea* en matière de conduite volontaire et intentionnelle ou insouciance. De même, un accusé ne pourrait invoquer l'intoxication s'il s'était enivré afin de se donner le courage de commettre un crime ou pour faciliter sa défense. Les jurys sont tout à fait capables de peser l'ensemble de la preuve d'une manière équitable et impartiale et il est peu probable qu'ils acquittent trop facilement ceux qui commettent des infractions en état d'ébriété.

La distinction entre l'intention «générale» et «spécifique» qu'on utilise pour ne pas soumettre au jury des éléments de preuve par ailleurs pertinents, est artificielle et soulève deux problèmes fondamentaux. Premièrement, c'est le législateur et non les tribunaux qui doivent modifier la loi si la politique générale doit l'emporter sur les principes. Deuxièmement, même si les tribunaux pouvaient le faire à bon droit, il n'y a aucune preuve démontrant que l'exigence artificielle d'une intention spécifique est vraiment nécessaire pour protéger la société.

L'arrêt *Leary*, qui a donné naissance à la distinction entre l'intention générale et l'intention spécifique doit être renversé. Cette décision antérieure à la *Charte* impose une forme de responsabilité absolue aux délinquants intoxiqués: un élément essentiel est présumé quand on prouve l'intoxication. Il porte donc atteinte au droit garanti par la *Charte* d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclarée coupable et à la présomption d'innocence. La règle énoncée dans l'arrêt *Leary* ne saurait être maintenue aux termes de l'article premier de la *Charte* car l'objectif de la protection du public, quoique important, n'y est pas atteint d'une manière conforme au critère de proportionnalité formulé dans l'arrêt *Oakes*. L'autorité de l'arrêt *Leary* a également été ébranlée tout à fait indépendamment de la *Charte*. Une croyance sincère mais déraisonnable et erronée au consentement réduit à néant la *mens rea* requise pour

undermines the clarity and certainty in law which underpin the principle of *stare decisis*. The classification of offences as to specific intent category is an *ad hoc*, unpredictable exercise. Finally, the courts should not create new offences or broaden the net of liability. The *Leary* rule expands the scope of criminal liability beyond normal limits. It is acceptable, however, to overrule a prior decision to establish a rule favourable to the accused.

The absence in the charge to the jury of any reference to the Crown's duty to prove that the accused acted with the requisite intent was fatal to the conviction. The Crown made no request that this Court apply s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* and it was not for this Court to speculate as to the likely result had the jury been properly instructed.

Cases Cited

By McIntyre J.

Applied: *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29; **considered:** *Director of Public Prosecutions v. Majewski*, [1977] A.C. 443, [1975] 3 All E.R. 296; *R. v. George*, [1960] S.C.R. 871; *Swietlinski v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 956; *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293; **referred to:** *Director of Public Prosecutions v. Beard*, [1920] A.C. 479; *Attorney-General for Northern Ireland v. Gallagher*, [1961] 3 All E.R. 299; *Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland*, [1961] 3 All E.R. 523; *R. v. Doherty* (1887), 16 Cox. C.C. 306; *R. v. Morgan*, [1976] A.C. 182; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; **not followed:** *O'Connor* (1980), 4 A. Crim. R. 348.

By Wilson J.

Applied: *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29; **referred to:** *Swietlinski v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 956, aff'g (1978), 44 C.C.C. (2d) 267; *Director of Public Prosecutions v. Majewski*, [1977] A.C. 443; *R. v. George*, [1960] S.C.R. 871; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045.

certain crimes. La tâche du jury pour déterminer si la croyance est sincère est inutilement compliquée par les restrictions de l'arrêt *Leary* concernant l'erreur de fait. L'incertitude causée par l'arrêt *Leary* porte aussi atteinte à la clarté et à la certitude du droit sous-jacent au principe du *stare decisis*. La classification des infractions relativement à la catégorie de l'intention spécifique est nécessairement un exercice *ad hoc* au résultat imprévisible. Enfin, il n'appartient pas aux tribunaux de créer de nouvelles infractions ni de donner plus d'extension à la responsabilité. La règle énoncée dans l'arrêt *Leary* étend la portée de la responsabilité criminelle au-delà des limites normales. Il est toutefois acceptable de renverser un arrêt antérieur pour créer une règle favorable à l'accusé.

Le fait que, dans l'exposé au jury, on n'ait pas parlé de l'obligation du ministère public de prouver que l'accusé avait agi avec l'intention requise est fatal à la déclaration de culpabilité. Le ministère public n'a pas demandé à cette Cour d'appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* et il n'appartient pas à cette Cour de faire des conjectures sur le résultat probable si le jury avait reçu des instructions appropriées.

Jurisprudence

Citée par le juge McIntyre

Arrêt appliqué: *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29; **arrêts examinés:** *Director of Public Prosecutions v. Majewski*, [1977] A.C. 443, [1975] 3 All E.R. 296; *R. v. George*, [1960] R.C.S. 871; *Swietlinski c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 956; *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293; **arrêts mentionnés:** *Director of Public Prosecutions v. Beard*, [1920] A.C. 479; *Attorney-General for Northern Ireland v. Gallagher*, [1961] 3 All E.R. 299; *Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland*, [1961] 3 All E.R. 523; *R. v. Doherty* (1887), 16 Cox. C.C. 306; *R. v. Morgan*, [1976] A.C. 182; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; **arrêt non suivi:** *O'Connor* (1980), 4 A. Crim. R. 348.

Citée par le juge Wilson

Arrêt appliqué: *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29; **arrêts mentionnés:** *Swietlinski c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 956, conf. (1978), 44 C.C.C. (2d) 267; *Director of Public Prosecutions v. Majewski*, [1977] A.C. 443; *R. v. George*, [1960] R.C.S. 871; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045.

By La Forest J.

Referred to: *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145.

By Dickson C.J. (dissenting)

Leary v. The Queen, [1978] 1 S.C.R. 29; *Swietlinski v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 956; *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293; *Director of Public Prosecutions v. Majewski*, [1977] A.C. 443, [1976] 2 All E.R. 142; *O'Connor* (1980), 4 A. Crim. R. 348; *R. v. Kamipeli*, [1975] 2 N.Z.L.R. 610; *Director of Public Prosecutions v. Beard*, [1920] A.C. 479; *R. v. Roulston*, [1976] 2 N.Z.L.R. 644; *R. v. Keogh*, [1964] V.R. 400; *R. v. Hill*, [1986] 1 S.C.R. 313; *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; *Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville*, [1982] 2 S.C.R. 518; *Reference Re The Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198; *Binus v. The Queen*, [1967] S.C.R. 594; *Peda v. The Queen*, [1969] S.C.R. 905; *Barnett v. Harrison*, [1976] 2 S.C.R. 531; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141; *A.V.G. Management Science Ltd. v. Barwell Developments Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 43; *Bell v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 212; *Paquette v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 189; *Dunbar v. The King* (1936), 67 C.C.C. 20 (S.C.C.); *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654; *Farwell v. The Queen* (1894), 22 S.C.R. 553; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, [1963] S.C.R. 651; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Chromiak v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 471; *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917; *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *Miller and Cockriell v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914; *Reference re the Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918; *R. v. Moreau* (1986), 26 C.C.C. (3d) 359; *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1975] 1 S.C.R. 228; *R. v. Quin*, [1988] 2 S.C.R. 825; *R. v. Campbell* (1974), 17 C.C.C. (2d) 320; *R. v. Santeramo* (1976), 32 C.C.C. (2d) 35.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 213(d), 244, 244(4), 245.1(2), 246(1)(a), 246.2(c), 306(1)(a), (b), 613(1)(b)(iii), 623(1).

Citée par le juge La Forest

Arrêt mentionné: *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145.

Citée par le juge en chef Dickson (dissent)

Leary c. La Reine, [1978] 1 R.C.S. 29; *Swietlinski c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 956; *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293; *Director of Public Prosecutions v. Majewski*, [1977] A.C. 443, [1976] 2 All E.R. 142; *O'Connor* (1980), 4 A. Crim. R. 348; *R. v. Kamipeli*, [1975] 2 N.Z.L.R. 610; *Director of Public Prosecutions v. Beard*, [1920] A.C. 479; *R. v. Roulston*, [1976] 2 N.Z.L.R. 644; *R. v. Keogh*, [1964] V.R. 400; *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313; *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782; *Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville*, [1982] 2 R.C.S. 518; *Reference Re The Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198; *Binus v. The Queen*, [1967] R.C.S. 594; *Peda v. The Queen*, [1969] R.C.S. 905; *Barnett c. Harrison*, [1976] 2 R.C.S. 531; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141; *A.V.G. Management Science Ltd. c. Barwell Developments Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 43; *Bell c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 212; *Paquette c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 189; *Dunbar v. The King* (1936), 67 C.C.C. 20 (C.S.C.); *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654; *Farwell v. The Queen* (1894), 22 R.C.S. 553; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, [1963] R.C.S. 651; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Chromiak c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 471; *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917; *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *Miller et Cockriell c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914; *Renvoi relativement à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918; *R. v. Moreau* (1986), 26 C.C.C. (3d) 359; *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1975] 1 R.C.S. 228; *R. c. Quin*, [1988] 2 R.C.S. 825; *R. v. Campbell* (1974), 17 C.C.C. (2d) 320; *R. v. Santeramo* (1976), 32 C.C.C. (2d) 35.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d).
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 213d), 244, 244(4), 245.1(2), 246(1)a), 246.2c), 306(1)a), b), 613(1)b)(iii), 623(1).

Authors Cited

- Ashworth, A. J. "Reason, Logic and Criminal Liability" (1975), 91 *L.Q.R.* 102.
- Boyle, Christine. *Sexual Assault*. Toronto: Carswells, 1984.
- Colvin, Eric. "A Theory of the Intoxication Defence" (1981), 59 *Can. Bar Rev.* 750.
- Connelly, Peter J. "Drunkenness and Mistake of Fact: Pappajohn v. The Queen; Swietlinski v. The Queen" (1981), 24 *Crim. L.Q.* 49.
- Cross, Sir Rupert. "Blackstone v. Bentham" (1976), 92 *L.Q.R.* 516.
- Doherty, David H. "Regina v. O'Connor: Mens Rea Survives in Australia" (1981), 19 *U.W.O. L. Rev.* 281.
- Mewett, Alan W. and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.
- Quigley, Tim. "Reform of the Intoxication Defence" (1987), 33 *McGill L.J.* 1.
- Smith, George. "Footnote to O'Connor's Case" (1981), 5 *Crim. L.J.* 270.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.
- Thornton, Mark T. "Making Sense of *Majewski*" (1981), 23 *Crim. L.Q.* 465.
- Watt, J. D. *The New Offences Against the Person*. Toronto: Butterworths, 1984.
- Williams, Glanville Llewelyn. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1985), 7 O.A.C. 305, 18 C.C.C. (3d) 574, 44 C.R. (3d) 398, dismissing an appeal from conviction found by Vannini J. sitting with jury. Appeal dismissed, Dickson C.J. and Lamer J. dissenting.

Clayton Ruby and Michael Code, for the appellant.

David A. Fairgrieve, for the respondent.

The reasons of Dickson C.J. and Lamer J. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting)—Counsel for the appellant submits that there are two issues raised in this appeal: (i) whether sexual assault causing bodily harm contrary to s. 246.2(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, is an offence of "specific" intent; (ii) whether drunkenness can ever be a "defence" to a charge of sexual assault causing bodily harm.

Doctrines citées

- Ashworth, A. J. «Reason, Logic and Criminal Liability» (1975), 91 *L.Q.R.* 102.
- Boyle, Christine. *Sexual Assault*. Toronto: Carswells, 1984.
- Colvin, Eric. «A Theory of the Intoxication Defence» (1981), 59 *R. du B. can.* 750.
- Connelly, Peter J. «Drunkenness and Mistake of Fact: Pappajohn v. The Queen; Swietlinski v. The Queen» (1981), 24 *Crim. L.Q.* 49.
- Cross, Sir Rupert. «Blackstone v. Bentham» (1976), 92 *L.Q.R.* 516.
- Doherty, David H. «Regina v. O'Connor: Mens Rea Survives in Australia» (1981), 19 *U.W.O. L. Rev.* 281.
- Mewett, Alan W. and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.
- Quigley, Tim. «Reform of the Intoxication Defence» (1987), 33 *McGill L.J.* 1.
- Smith, George. «Footnote to O'Connor's Case» (1981), 5 *Crim. L.J.* 270.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.
- Thornton, Mark T. «Making Sense of *Majewski*» (1981), 23 *Crim. L.Q.* 465.
- Watt, J. D. *The New Offences Against the Person*. Toronto: Butterworths, 1984.
- Williams, Glanville Llewelyn. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1985), 7 O.A.C. 305, 18 C.C.C. (3d) 574, 44 C.R. (3d) 398, qui a rejeté un appel de la déclaration de culpabilité rendue par le juge Vannini siégeant avec jury. Pourvoi rejeté, le juge en chef Dickson et le juge Lamer sont dissidents.

Clayton Ruby et Michael Code, pour l'appellant.

David A. Fairgrieve, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Dickson et du juge Lamer rendus par

LE JUGE EN CHEF (dissident)—L'avocat de l'appellant plaide que le présent pourvoi soulève deux questions: (i) celle de savoir si la perpétration d'une agression sexuelle qui entraîne des lésions corporelles, au sens de l'al. 246.2c) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, est une infraction nécessitant une intention «spécifique» et (ii) celle de savoir si l'ivresse peut jamais constituer un «moyen de défense» opposable à une accusation d'agression sexuelle entraînant des lésions corporelles.

I

Facts

The appellant, Nelson Pierre Bernard, was charged with sexual assault causing bodily harm to the complainant contrary to s. 246.2(c) of the *Criminal Code*. That subsection provides that everyone who, in committing a sexual assault, causes bodily harm to the complainant is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for fourteen years.

The facts may be briefly stated.

The complainant, eighteen years of age at the relevant time, visited the appellant, twenty-four years old. The appellant went out to dinner and to a bar with some friends while the complainant stayed behind in his apartment. Later that night the group returned to the flat. The friends departed, leaving the appellant and the complainant alone together.

The complainant testified that she had complied with the appellant's request to remain in the apartment after the friends' departure, both because she was not feeling well and because it was the first Christmas since the death of her father. She and the appellant, who had been a good friend of her late father, were going to talk about him.

The two lay down on the couch together and began talking. The complainant testified that she was then forced to have sexual intercourse without her consent and was subjected to serious bodily injury at the hands of the appellant. There was evidence that the appellant had punched the complainant twice with a closed fist, once above the eye, causing the eyelid to bleed profusely, and that he had threatened to kill her. There was evidence of a blood-stained towel and pillow case concealed in the toilet tank of the appellant's apartment. Counsel for the appellant admitted that intercourse had taken place.

The complainant testified that the appellant had been drinking but was able to walk, to see everything, to talk clearly, and to put albums on the record player. One of the friends of the appellant testified that the appellant had been drinking on

I

Les faits

L'appellant, Nelson Pierre Bernard, a été accusé d'avoir commis une agression sexuelle qui a causé des lésions corporelles à la plaignante, en infraction à l'al. 246.2c) du *Code criminel*. Aux termes de cet alinéa, est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de quatorze ans, quiconque, en commettant une agression sexuelle, inflige des lésions corporelles au plaignant.

Les faits peuvent être exposés brièvement.

La plaignante, âgée de dix-huit ans à l'époque en cause, était en visite chez l'appellant, qui avait vingt-quatre ans. L'appellant est sorti dîner et est allé à un bar avec des amis tandis que la plaignante est restée dans l'appartement de l'appellant. Plus tard la même nuit, le groupe est revenu à l'appartement. Les amis sont partis, laissant l'appellant et la plaignante tout seuls.

La plaignante a dit dans son témoignage que si elle a accédé à la demande de l'appellant de rester chez lui après le départ des amis, c'est parce qu'elle ne se sentait pas bien et parce que c'était le premier Noël depuis la mort de son père. L'appellant avait été un bon ami du père de la plaignante et ils allaient parler de lui.

Les deux se sont étendus sur le canapé et se sont mis à causer. La plaignante a témoigné que l'appellant l'a alors forcée d'avoir des rapports sexuels avec lui sans son consentement et qu'il lui a infligé des lésions corporelles graves. D'après la preuve, l'appellant a frappé la plaignante de deux coups de poing, dont un au-dessus d'un œil qui a fait saigner abondamment la paupière, et il a menacé de la tuer. Il ressort également de la preuve qu'une serviette et une taie d'oreiller tachées de sang avaient été cachées dans le réservoir de chasse des cabinets de l'appartement de l'appellant. L'avocat de ce dernier a reconnu qu'il y avait eu rapports sexuels.

La déposition de la plaignante révèle que l'appellant avait bu, mais qu'il était capable de marcher, de voir clair, de parler intelligiblement et de poser des disques sur le phonographe. Une des amis de l'appellant a témoigné que celui-ci avait bu la nuit

the night in question and, though he became rowdy, he was walking straight and talking.

When the police arrived at the appellant's apartment, he was awakened from a deep sleep and seemed to be suffering somewhat from his drinking. The appellant stated that his drunkenness caused the attack on the complainant.

The appellant was tried before a judge and jury. He did not testify at the trial, but the Crown led evidence of a statement he had made to the police. In the statement he admitted that he had forced the complainant to have sexual intercourse with him. He stated that he did not know why he had done it because he was drunk and that, "when I realized what I was doing, I got off." In charging the jury, the trial judge made no reference to the intent requirement, beyond reading the jury the definition of assault. The jury was told that the sole issue was whether the Crown had proved beyond a reasonable doubt that the complainant had not consented to the intercourse because of the assault and threats made by the accused. With respect to drunkenness, the trial judge said as follows: "Only the accused in his statement says, 'I was all drunk up too.' There was no evidence of drunkenness except that statement and it is open to you to accept it and find that he was drunk but even if he was drunk, drunkenness is no defence to the charge alleged against this accused."

The appellant was convicted and sentenced to four years imprisonment. An appeal to the Court of Appeal of Ontario was dismissed (now reported at (1985), 18 C.C.C. (3d) 574). Dubin J.A., delivering the oral judgment of the Court, said at p. 574:

On the merits, the Crown's case was overwhelming. The complainant's testimony that she was forced to have sexual intercourse without her consent and the serious bodily injury which she suffered during the course of the assault was confirmed in every respect by other evidence.

With respect, I agree.

Dubin J.A. concluded at p. 576:

en question et que, bien qu'il soit devenu batailleur, il marchait droit et pouvait s'exprimer.

La police, en arrivant à l'appartement de l'appellant, l'a tiré d'un sommeil profond et il semblait souffrir quelque peu des effets de l'alcool. L'appellant a dit que c'est son ivresse qui l'a fait agresser la plaignante.

L'appellant a été jugé devant un juge et jury. Il n'a pas témoigné au procès, mais le ministère public a produit en preuve une déclaration qu'il avait faite à la police et dans laquelle il a avoué avoir forcé la plaignante d'avoir des rapports sexuels avec lui. Il affirmait ignorer pourquoi il l'avait fait parce qu'il était ivre et a ajouté: [TRADUCTION] «Quand je me suis rendu compte de ce que je faisais, j'ai arrêté.» Dans son exposé au jury, le juge du procès n'a pas fait mention de l'intention, si ce n'est en lisant au jury la définition de voies de fait. Il a dit au jury que l'unique question était de savoir si le ministère public avait prouvé hors de tout doute raisonnable qu'en raison de l'agression commise par l'accusé et en raison des menaces proférées par lui, la plaignante n'avait pas consenti aux rapports sexuels. En ce qui concerne l'ivresse, le juge du procès a dit: [TRADUCTION] «L'accusé a été le seul à parler d'ivresse dans sa déclaration: «J'étais bien soûl aussi.» Exception faite de cette déclaration, il n'y a aucune preuve qu'il était ivre. Or, vous pouvez l'accepter et conclure qu'il était en état d'ébriété, mais même s'il l'était, l'ivresse ne peut être opposée comme défense à l'accusation portée contre lui.»

L'appellant a été reconnu coupable et condamné à quatre ans d'emprisonnement. Un appel devant la Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté (arrêt maintenant publié à (1985), 18 C.C.C. (3d) 574). Le juge Dubin, qui a prononcé les motifs oraux de la Cour, a dit à la p. 574:

[TRADUCTION] Sur le fond, la preuve à charge a été accablante. Le témoignage de la plaignante selon lequel elle a été forcée d'avoir des rapports sexuels sans y consentir et selon lequel elle a subi des lésions corporelles graves au cours de l'agression a été confirmé en tous points par d'autres témoignages.

Avec égards, je suis d'accord.

En conclusion, le juge Dubin a affirmé, à la p. 576:

Mr. Ruby also took objection to passages in the judge's charge. We are all satisfied that the charge, when read as a whole, is more favourable to the appellant than the evidence warranted. In any event, we are satisfied that even if objection could be taken to some of the expressions used by the trial judge, there was no substantial wrong or miscarriage of justice in this case.

II

Drunkenness and *Mens Rea*

In my view, the only issue the Court needs to address may be put as follows: should evidence of self-induced intoxication be considered by the trier of fact, along with all other relevant evidence, in determining whether the prosecution has proved beyond a reasonable doubt the *mens rea* required to constitute the offence? I am of the opinion that the Court should answer that question in the affirmative.

I wish to make clear at the outset, however, that nothing in these reasons is intended to apply with respect to the quite distinct issues raised by offences, such as driving while impaired, where intoxication or the consumption of alcohol is itself an ingredient of the offence. The *mens rea* of such offences can be left for consideration another day.

In *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29, Pigeon J. for the majority of the Court, held that rape was an offence requiring proof of only "basic" or "general" intent rather than "specific" intent. Under that categorization, the Court held, the jury should be instructed that evidence that drunkenness may have deprived the accused of the capacity to form the requisite intent should not be taken into account when considering whether the Crown had satisfied the burden of proving beyond a reasonable doubt that the accused had acted with the requisite intent. (See also *Swietlinski v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 956, dealing with the offence of indecent assault). The offence of rape has now been removed from the *Criminal Code* and in its place are the sexual assault provisions. More recently, in *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293, the Court held that sexual assault was a

[TRANSLATION] M^e Ruby a en outre contesté certains passages de l'exposé du juge au jury. Or, nous sommes tous convaincus que dans l'ensemble l'exposé est plus favorable à l'appelant que la preuve ne le justifie. Quoi qu'il en soit, nous sommes convaincus que, même si on pouvait trouver à redire à certaines expressions employées par le juge du procès, il n'y a eu en l'espèce aucun préjudice appréciable ni aucun déni de justice.

II

L'ivresse et la *mens rea*

À mon avis, l'unique question sur laquelle la Cour doit se pencher peut être ainsi formulée: pour déterminer si la poursuite a établi hors de tout doute raisonnable la *mens rea* requise pour constituer l'infraction en cause, le juge des faits doit-il prendre en considération avec tous les autres éléments de preuve pertinents la preuve de l'intoxication volontaire? Pour ma part, j'estime que la Cour doit donner à cette question une réponse affirmative.

Je tiens toutefois à préciser dès l'abord que rien dans les présents motifs ne doit s'appliquer aux questions tout à fait distinctes qui se posent dans le cas d'infractions comme la conduite avec facultés affaiblies, où l'ébriété ou la consommation d'alcool sont elles-mêmes des éléments de l'infraction. La *mens rea* requise par ces infractions-là pourra être examinée dans un autre contexte.

Dans l'arrêt *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29, le juge Pigeon, parlant au nom de la majorité de cette Cour, a conclu que le viol était une infraction exigeant seulement la preuve d'une intention «fondamentale» ou «générale» plutôt que d'une intention «spécifique». Selon cette catégorisation, a statué la Cour, il faut dire au jury qu'une preuve selon laquelle l'accusé a pu pour cause d'ivresse se trouver dans l'incapacité de former l'intention requise ne doit pas être prise en considération relativement à la question de savoir si le ministère public s'est acquitté de son obligation de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait agi avec l'intention requise. (Voir aussi l'arrêt *Swietlinski c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 956, portant sur l'infraction d'attentat à la pudeur). L'infraction de viol a depuis été supprimée du *Code criminel* pour être remplacée par des

crime of "basic" or "general" intent. In *Chase*, however, drunkenness was not in issue and the propriety of maintaining the distinction between general and specific intent for purposes of evidence regarding intoxication was not considered. The present case raises that much more basic issue which, in my view, the Court should reconsider.

In my dissent in *Leary*, I sought to advance the view that respect for basic criminal law principles required that the legal fiction, the artificial "specific" intent threshold requirement, be abandoned. I do not intend in these reasons to repeat what I said in *Leary*. With due regard for *stare decisis*, as to which I will have more to say in a moment, and with the greatest of respect for those of a contrary view, I would only add that nothing I have heard or read since the judgment in *Leary* has caused me to abandon or modify in the slightest degree the views of dissent which I there expressed. Analysis of the *Leary* dissent may be summarized as follows.

First of all, one must recognize the fundamental nature of the *mens rea* requirement. To warrant the condemnation of a conviction and the infliction of punishment, one who has caused harm must have done so with a blameworthy state of mind. It is always for the Crown to prove the existence of a guilty mind beyond a reasonable doubt. Intoxication affects one's mental state, one's ability to perceive the circumstances in which one acts, and to appreciate possible consequences. In principle, therefore, intoxication is relevant to the mental element in crime, and should be considered, together with all other evidence, in determining whether the Crown has proved the requisite mental state beyond a reasonable doubt.

dispositions relatives à l'agression sexuelle. Plus récemment, dans l'arrêt *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293, la Cour a conclu que l'agression sexuelle était un crime d'intention «fondamentale» ou «générale». Dans l'affaire *Chase*, cependant, l'ivresse n'était pas en cause et on ne s'est pas demandé s'il convenait de conserver la distinction entre l'intention générale et l'intention spécifique en ce qui concerne la preuve d'intoxication. La présente espèce par contre soulève cette question tout à fait fondamentale et, selon moi, la Cour doit la réexaminer.

Dans la dissidence que j'ai rédigée dans l'affaire *Leary*, j'ai tenté d'avancer que le respect des principes fondamentaux du droit criminel commandait l'abandon de la fiction juridique qu'était l'exigence artificielle d'une intention «spécifique». Je ne propose pas de répéter ici ce que j'ai déjà dit dans l'affaire *Leary*. Nonobstant la question du *stare decisis*, sur laquelle je reviendrai plus loin, et avec les plus grands égards pour les tenants du point de vue contraire, j'ajoute simplement que je n'ai rien lu ni entendu depuis l'arrêt *Leary* qui m'ait amené à renoncer à l'opinion que j'ai exprimée en dissidence ou à la modifier le moins possible. Ce qui suit est une brève analyse des motifs dissidents dans l'affaire *Leary*.

Tout d'abord, il faut reconnaître la nature fondamentale de l'exigence d'une *mens rea*. La personne qui a causé un préjudice doit l'avoir fait dans un état d'esprit blâmable, sans quoi on ne saurait justifier une déclaration de culpabilité et l'imposition d'une peine avec tout ce que cela peut avoir d'infamant. C'est toujours au ministère public qu'il incombe de prouver hors de tout doute raisonnable l'existence d'un état d'esprit coupable. L'intoxication a un effet sur l'état mental d'une personne, sur sa capacité de prendre conscience des circonstances dans lesquelles elle agit et de se rendre compte des conséquences possibles. En principe, donc, l'intoxication est pertinente relativement à l'élément moral d'un crime et on doit en tenir compte avec tous les autres éléments de preuve en déterminant si le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable l'existence de l'état mental requis.

It is quite wrong, I think, to characterize the issue as whether the "defence of drunkenness" should apply to this or that offence. While this expression is commonly used, it is misleading and perhaps even unduly emotive. It suggests that those who would otherwise be liable for their criminal conduct will escape because they were drunk at the time the offence was committed. But, of course, no one suggests that special concessions should be made to drunken offenders. The issue is really whether the Crown should be relieved of the usual burden of proving the requisite mental element for the offence because the accused was intoxicated. Should the jury be entitled to assess all of the evidence relevant to intent and be entitled to decide on the basis of all of the evidence whether the Crown has satisfied that burden?

The categories of "specific" intent on the one hand and "basic" or "general" intent on the other have evolved as an artificial device whereby evidence, otherwise relevant, is excluded from the jury's consideration. This Court, in *Swietlinski*, has recognized that intoxication may as a matter of fact deprive an accused of "basic" or "general" intent. It is said, however, by those who support the classification that as a matter of policy, consideration of evidence of intoxication must be excluded. Indeed, a notable feature to be found in the analysis of many of those who support restricting the jury's use of evidence relating to drunkenness is the concession that while principle and logic lead in an opposite direction, the policy of protection of the public requires that principle and logic should yield: see, e.g., *Director of Public Prosecutions v. Majewski*, [1976] 2 All E.R. 142, at pp. 167-68, per Lord Edmund-Davies, quoted by Pigeon J. in *Leary*, supra, at pp. 52-53.

In my view, there are two fundamental problems with this approach. First, if the law is to be altered in the name of policy over principle, that is surely a task for Parliament rather than the courts. As

Il est tout à fait erroné, à mon avis, de dire que la question est de savoir si la «défense d'ivresse» doit s'appliquer à telle ou telle infraction. Bien que cette expression s'emploie couramment, elle est trompeuse et peut-être même trop chargée de connotations. Elle sous-entend en effet que ceux qui seraient par ailleurs responsables de leur conduite criminelle y échapperont parce qu'ils étaient ivres au moment de la perpétration de l'infraction. Mais personne n'allègue évidemment que des concessions spéciales devraient être faites aux délinquants en état d'ébriété. La question qui se pose en réalité est celle de savoir si le ministère public doit, du fait que l'accusé était ivre, être déchargé de l'obligation habituelle de prouver l'élément moral requis pour qu'il y ait infraction. Le jury devrait-il avoir le droit d'examiner la totalité de la preuve se rapportant à l'intention et de décider en fonction de cette preuve-là si le ministère public s'est acquitté de l'obligation qui lui incombe?

Les catégories de l'intention «spécifique» d'une part et de l'intention «fondamentale» ou «générale» d'autre part ont évolué en tant que moyen artificiel d'exclure de l'examen du jury une preuve par ailleurs pertinente. Dans l'arrêt *Swietlinski*, cette Cour a en fait reconnu que l'ivresse peut, en tant que fait, jouer de manière à priver l'accusé de l'intention «fondamentale» ou «générale». Les partisans de cette classification prétendent toutefois que, pour des raisons de politique générale, la considération de la preuve d'ivresse doit être exclue. De fait, une caractéristique notable de l'analyse d'un bon nombre de ceux qui se prononcent en faveur de la restriction de l'usage qu'un jury peut faire d'une preuve relative à l'ivresse est la concession que, bien que les principes et la logique aillent dans l'autre sens, ceux-ci doivent céder le pas devant la nécessité de protéger le public: voir p. ex. *Director of Public Prosecutions v. Majewski*, [1976] 2 All E.R. 142, aux pp. 167 et 168, motifs de lord Edmund-Davies, cités par le juge Pigeon dans l'arrêt *Leary*, précité, aux pp. 52 et 53.

D'après moi, ce point de vue pose deux problèmes fondamentaux. Premièrement, si la loi doit être modifiée de manière que la politique générale l'emporte sur les principes, c'est certainement là

Barwick C.J. of the High Court of Australia concluded in *O'Connor* (1980), 4 A. Crim. R. 348, at pp. 363-64:

It seems to me to be completely inconsistent with the principles of the common law that a man should be conclusively presumed to have an intent which, in fact, he does not have, or to have done an act which, in truth, he did not do.

I can readily understand that a person who has taken alcohol or another drug to such an extent that he is intoxicated thereby to the point where he has no will to act or no capacity to form an intent to do an act is blameworthy and that his act of having ingested or administered the alcohol or other drug ought to be visited with severe consequences. The offence of being drunk and disorderly is not maintained these days in all systems of the common law. In any case it has not carried a sufficient penalty properly to express the public opprobrium which should attach to one who, by the taking of alcohol or the use of drugs, has become intoxicated to the point where he is the vehicle for unsocial or violent behaviour. But, though blameworthy for becoming intoxicated, I can see no ground for presuming his acts to be voluntary and relevantly intentional. For what is blameworthy there should be an appropriate criminal offence. But it is not for the judges to create an offence appropriate in the circumstances: cf. *Kneller (Publishing, Printing & Promotions) Ltd. v. D.P.P.*, [1973] A.C. 435, at pp. 457-458, 464-465 and 490). It must be for the Parliament.

Secondly, even if it were appropriate for the courts to bend principle in the name of policy, so far as I am aware, there is no evidence that the artificiality of the specific intent requirement is actually required for social protection.

An unrestrained application of basic *mens rea* doctrine would not, in my opinion, open a gaping hole in the criminal law inimical to social protection. There are several reasons for this. To the extent that intoxication merely lowers inhibitions, removes self-restraint or induces unusual self-confidence or aggressiveness, it would be of no avail to an accused, as such effects do not relate to the *mens rea* requirement for volitional and intentional or reckless conduct. Similarly, intoxication would

une tâche qui revient au législateur plutôt qu'aux tribunaux. Comme l'a conclu le juge en chef Barwick de la Haute Cour d'Australie dans l'arrêt *O'Connor* (1980), 4 A. Crim. R. 348, aux pp. 363 et 364:

[TRADUCTION] Il me semble tout à fait incompatible avec les principes de la *common law* qu'un homme soit définitivement présumé avoir une intention qu'en réalité il n'a pas ou avoir accompli un acte qu'à la vérité il n'a pas accompli.

Je conçois bien qu'une personne qui, à force de consommer de l'alcool ou de prendre une autre drogue se met dans un état d'ébriété à tel point qu'il n'a pas la volonté d'agir ni la capacité de former l'intention d'accomplir un acte, mérite le blâme et que son acte d'avoir ingéré de l'alcool ou de s'être administré une autre drogue devrait entraîner des conséquences sérieuses. L'infraction d'ivresse publique a disparu maintenant de tous les ressorts de *common law*. De toute façon, elle n'a jamais entraîné une peine suffisante pour refléter adéquatement l'opprobre que devrait s'attirer quelqu'un qui, par la consommation d'alcool ou l'usage de la drogue, s'enivre tellement que son comportement devient antisocial ou violent. Mais, bien qu'on puisse lui reprocher de s'être enivré, je ne vois aucune raison de présumer que ses actes étaient volontaires et qu'ils étaient intentionnels au sens pertinent. À toute conduite répréhensible devrait correspondre une infraction criminelle. Il n'appartient toutefois pas aux juges de créer une infraction qui est appropriée dans les circonstances: cf. *Kneller (Publishing, Printing & Promotions) Ltd. v. D.P.P.*, [1973] A.C. 435, aux pp. 457, 458, 464, 465 et 490). C'est au législateur de le faire.

Deuxièmement, même si les tribunaux pouvaient à bon droit faire une entorse aux principes au nom de la politique générale, il n'y a, autant que je sache, aucune preuve démontrant que l'exigence artificielle d'une intention spécifique est vraiment nécessaire pour protéger la société.

Selon moi, l'application sans restriction du principe fondamental de la *mens rea* ne créerait pas en droit criminel une immense lacune qui compromettrait la protection de la société. Cela s'explique de plusieurs façons. Dans la mesure où l'intoxication ne fait que diminuer les inhibitions, supprimer la retenue ou provoquer une confiance en soi ou une agressivité inhabituelles, un accusé ne saurait s'en prévaloir, car de tels effets n'ont rien à voir avec l'exigence d'une *mens rea* en matière de conduite

be of no avail to an accused who got drunk in order to gain the courage to commit a crime or to aid in his defence. Thirdly, one can trust in the good sense of the jury and that of our trial judges to weigh all the evidence in a fair and responsible manner, and they are unlikely to acquit too readily those who have committed offences while intoxicated.

The High Court of Australia held in *O'Connor*, *supra*, that the distinction between specific and general intent should not be followed and that in all cases, evidence of drunkenness should be left with the jury along with all other evidence relative to the issue of intent. The New Zealand Court of Appeal also rejected the artificial specific intent distinction: *R. v. Kamipeli*, [1975] 2 N.Z.L.R. 610. In that case, McCarthy P. gave the judgment of the Court and stated at p. 614 in relation to the correct interpretation of *Director of Public Prosecutions v. Beard*, [1920] A.C. 479:

(1) The quotations from Lord Birkenhead set out above refer to "specific" intents. The use of this adjective has of recent years been often criticised as suggesting the existence of a distinction between the Crown's burden in those cases when the general intent involved in proof of mens rea is necessary, on the one hand, and in those when the statute prescribes a particular intent on the other. But we cannot accept that Lord Birkenhead intended any such distinction. He also said:

"I do not think that the proposition of law deduced from these earlier cases is an exceptional rule applicable only to cases in which it is necessary to prove a specific intent in order to constitute the graver crime—eg wounding with intent to do grievous bodily harm or with intent to kill. It is true that in such cases the specific intent must be proved to constitute the particular crime, but this is, on ultimate analysis, only in accordance with the ordinary law applicable to crime, for, speaking generally (and apart from certain special offences), a person cannot be convicted of a crime unless the mens was rea. Drunkenness, rendering a person incapable of the intent, would be an

volontaire et intentionnelle ou insouciance. De même, un accusé ne pourrait invoquer l'intoxication s'il s'était enivré afin de se donner le courage de commettre un crime ou pour faciliter sa défense. Troisièmement, on peut compter sur le bon sens du jury et de nos juges du procès pour peser la totalité de la preuve d'une manière équitable et impartiale et il est peu probable qu'ils acquittent trop facilement ceux qui commettent des infractions en état d'ébriété.

La Haute Cour d'Australie a conclu dans l'arrêt *O'Connor*, précité, qu'il ne fallait pas continuer à faire une distinction entre l'intention spécifique et l'intention générale et que, dans tous les cas, la preuve d'ivresse devrait être soumise au jury avec tous les autres éléments de preuve se rapportant à la question de l'intention. La Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande a également rejeté cette distinction artificielle: *R. v. Kamipeli*, [1975] 2 N.Z.L.R. 610. Dans cette affaire-là, le président McCarthy a prononcé le jugement de la Cour et a dit, à la p. 614, relativement à l'interprétation à donner à l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Beard*, [1920] A.C. 479:

[TRADUCTION] (1) Les citations de lord Birkenhead reproduites ci-dessus parlent d'intentions «spécifiques». Au cours des dernières années on a souvent critiqué l'emploi de cet adjectif parce qu'il laisse entendre l'existence d'une distinction entre la charge de la preuve qui incombe au ministère public dans les cas où l'intention générale doit nécessairement être présente pour prouver la mens rea d'une part et dans ceux où la loi prescrit une intention particulière d'autre part. Nous ne pouvons toutefois pas admettre que lord Birkenhead ait voulu établir une telle distinction, puisqu'il a dit en outre:

«Je ne crois pas que le principe de droit déduit de cette jurisprudence plus ancienne constitue une exception qui s'applique uniquement aux cas où il faut prouver une intention spécifique pour qu'il y ait perpétration de l'infraction plus grave, p. ex. blesser avec l'intention d'infliger des lésions corporelles graves ou de tuer. Certes, l'intention spécifique doit être démontrée dans ces cas-là afin d'établir la perpétration du crime en question, mais, en dernière analyse, cela n'est que conforme aux règles de droit ordinaires applicables aux actes criminels car, d'une manière générale (et mis à part certaines infractions spéciales), nul ne peut être déclaré coupable d'un crime à moins d'avoir eu la mens rea. L'ivresse rendant une personne incapable de former l'intention serait un moyen de défense, comme

answer, as it is for example in a charge of attempted suicide" (*ibid.*, 504).

So whether it be a general or a particular intent the burden is the same; the Crown must prove the intent required by the crime alleged.

(Compare *R. v. Roulston*, [1976] 2 N.Z.L.R. 644 (N.Z.C.A.), at pp. 653-54, holding the issue to be open in the light of *Majewski*, *supra*.)

As counsel for the appellant submits:

There has been no empirical evidence to indicate that during the brief period of ten to fifteen years, that the Canadian and English Courts have experimented with the rule in *Majewski* and *Leary*, that there has been a reduction in the incidence of intoxicated offenders. Nor is there empirical evidence that the incidence of intoxicated offenders is greater in Australia, and particularly in the State of Victoria, where the rule has long been eschewed (see the comments of Mr. Justice Stephen in *Regina v. O'Connor*, *supra*, at pp. 99-100 and of Mr. Justice Wilson at p. 139). More importantly, there was no evidence before the House of Lords in 1976 in *Majewski* or before this Honourable Court in 1970 in *Perrault* and in 1977 in *Leary* to the effect that the pre-existing common law was not functioning properly in this area.

The experience in New Zealand and Australia, where the specific intent has been abandoned, suggests that the public will be adequately protected if the issue is left to the good sense of the jury. *O'Connor* was preceded in the State of Victoria by *R. v. Keogh*, [1964] V.R. 400. In *O'Connor*, Stephen J. explained as follows, at p. 358:

A distrust of jurors and an anxiety that they may too readily be persuaded to an acquittal if evidence of the result of self-induced intoxication, particularly by drugs other than alcohol, were allowed, may have formed some part of the public policy on which the decision rests. I may say at once that I have, of course, no experience of English juries: but I have of juries in New South Wales. Starke J., a most experienced judge in the hearing of criminal charges in Victoria, having had as well a long and distinguished career as an advocate, expressed him-

il l'est par exemple dans le cas d'une accusation de tentative de suicide» (*ibid.*, à la p. 504).

Qu'il s'agisse donc d'une intention générale ou d'une intention particulière, la charge de la preuve demeure la même: le ministère public doit prouver l'intention requise comme élément du crime reproché.

(Comparer *R. v. Roulston*, [1976] 2 N.Z.L.R. 644 (N.Z.C.A.), aux pp. 653 et 654, où il a été décidé que, compte tenu de la décision *Majewski*, précitée, la question demeurerait entière.)

Comme le fait valoir l'avocat de l'appelant:

[TRADUCTION] Il n'y a aucune preuve empirique indiquant que, pendant la brève période d'une dizaine ou d'une quinzaine d'années où les tribunaux canadiens et anglais ont fait des expériences fondées sur la règle établie dans les arrêts *Majewski* et *Leary*, on a assisté à une diminution du nombre d'infractions commises en état d'ébriété, pas plus qu'il n'existe une preuve empirique que ces infractions sont plus nombreuses en Australie, et particulièrement dans l'État de Victoria, où la règle n'est plus suivie depuis longtemps (voir les observations du juge Stephen dans l'arrêt *Regina v. O'Connor*, précité, aux pp. 99 et 100, et celles du juge Wilson, à la p. 139). Plus important encore, on n'avait produit ni devant la Chambre des lords en 1976 dans l'affaire *Majewski* ni devant la Cour suprême du Canada en 1970 dans l'affaire *Perrault* et en 1977 dans l'affaire *Leary* aucune preuve établissant que la *common law* préexistante fonctionnait mal dans ce domaine.

D'après ce qui a été constaté en Nouvelle-Zélande et en Australie, pays dans lesquels l'intention spécifique a été abandonnée, le public sera adéquatement protégé si l'on s'en remet au bon sens du jury. L'arrêt *O'Connor* a été précédé dans l'État de Victoria par la décision *R. v. Keogh*, [1964] V.R. 400. Dans l'arrêt *O'Connor*, le juge Stephen a expliqué, à la p. 358:

[TRADUCTION] Une méfiance envers les jurés et la crainte qu'ils ne se laissent trop facilement persuader de rendre un verdict d'acquiescement si on admettait la preuve du résultat de l'intoxication volontaire, notamment au moyen de drogues autre que l'alcool, ont pu motiver en partie la politique générale sur laquelle repose la décision. Je m'empresse de signaler que je n'ai bien entendu aucune expérience des jurys anglais; je connais cependant ceux de Nouvelle-Galles du Sud. Le juge Starke, un juge de très grande expérience en matière pénale dans l'État de Victoria et en outre un avocat ayant eu une longue carrière distinguée, s'est

self in the present case in relation to the impact of evidence of intoxication upon Victorian jurors. He said:

“I, of course, have no knowledge of how English juries react. But over nearly forty years’ experience in this State I have found juries to be very slow to accept a defence based on intoxication. I do not share the fear held by many in England that if intoxication is accepted as a defence as far as general intent is concerned the floodgates will open and hordes of guilty men will descend on the community.”

I share his views, as if they had been expressed about jurors in New South Wales. In my opinion, properly instructed jurors would be scrupulous and not indulgent in deciding an issue of voluntariness or of intention. Indeed, I am inclined to think that they may tend to think that an accused who had taken alcohol and particularly other drugs to the point of extreme intoxication had brought on himself what flowed from that state of intoxication.

The empirical evidence is to the same effect: see George Smith J., “Footnote to O’Connor’s Case” (1981), 5 *Crim. L.J.* 270, reviewing the effects of the O’Connor decision in Australia, and concluding, after review of over 500 trials held in the District Court of New South Wales, that the actual impact on the acquittal rate was minimal (at p. 277):

Certainly my inquiries would indicate that the decision in O’Connor’s case, far from opening any floodgates has at most permitted an occasional drip to escape from the tap.

My comment in *R. v. Hill*, [1986] 1 S.C.R. 313, at p. 334, although made in a different context, bears repeating here: “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 *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782, at p. 792, which dealt with the requirement in s. 244(4) of the *Criminal Code* that the jury be instructed on the issue of the honesty of the accused’s mistaken belief in consent to consider the presence or absence of a reasonable grounds of that belief, McIntyre J. stated as follows:

prononcé en l’espèce sur l’effet d’une preuve d’intoxication sur les jurés de l’État de Victoria. Il a dit:

«Je ne sais, bien sûr, comment réagissent les jurys anglais. Toutefois, une expérience de presque quarante ans dans cet État m’a permis de remarquer que les jurys ne retiennent pas très volontiers une défense fondée sur l’intoxication. Je ne partage pas la crainte de plusieurs en Angleterre que, si l’intoxication était acceptée comme moyen de défense en ce qui concerne l’intention générale, cela ouvrirait les vannes et des flots de coupables s’abattraient sur la société.»

Je partage le point de vue du juge Starke comme s’il l’avait exprimé au sujet des jurés de Nouvelle-Galles du Sud. À mon avis, des jurés ayant reçu des directives appropriées, plutôt que de faire preuve d’indulgence, se montreraient scrupuleux en décidant si un acte a été commis volontairement ou intentionnellement. De fait, j’incline à penser qu’ils peuvent tendre à croire qu’un accusé qui, à force de consommer de l’alcool et, particulièrement, d’autres drogues, avait atteint un état d’extrême intoxication s’était infligé à lui-même les conséquences de cette intoxication.

La preuve empirique va dans le même sens: voir les observations du juge George Smith qui, dans «Footnote to O’Connor’s Case» (1981), 5 *Crim. L.J.* 270, fait une revue des effets de l’arrêt O’Connor en Australie puis, après avoir examiné plus de 500 procès tenus devant la Cour de district de la Nouvelle-Galles du Sud, conclut que son incidence réelle sur le taux d’acquittal était minime, à la p. 277:

[TRADUCTION] Certes, mes enquêtes tendent à indiquer que l’arrêt O’Connor, loin d’ouvrir les vannes, a permis tout au plus qu’une goutte occasionnelle s’échappe du robinet.

Ce que j’ai dit dans l’arrêt *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313, à la p. 334, bien que le contexte fût différent, vaut la peine d’être répété ici: «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 l’arrêt *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782, à la p. 792, qui porte sur l’exigence du par. 244(4) du *Code criminel*, savoir qu’on doit dire au jury que, lorsqu’il examine si l’accusé croyait sincèrement mais de façon erronée au consentement, il doit examiner si cette croyance est justifiée par des motifs raisonnables, le juge McIntyre écrit:

This section, in my view, does not change the law as applied in *Pappajohn*. It does not require that the mistaken belief be reasonable or reasonably held. It simply makes it clear that in determining the issue of the honesty of the asserted belief, the presence or absence of reasonable grounds for the belief are relevant factors for the jury's consideration. This approach was, I suggest, foreshadowed in *Pappajohn* by Dickson J., at pp. 155-56, where he said:

Perpetuation of fictions does little for the jury system or the integrity of criminal justice. The ongoing debate in the courts and learned journals as to whether mistake must be reasonable is conceptually important in the orderly development of the criminal law, but in my view, practically unimportant because the accused's statement that he was mistaken is not likely to be believed unless the mistake is, to the jury, reasonable. The jury will be concerned to consider the reasonableness of any grounds found, or asserted to be available, to support the defence of mistake. Although "reasonable grounds" is not a precondition to the availability of a plea of honest belief in consent, those grounds determine the weight to be given the defence. The reasonableness, or otherwise, of the accused's belief is only evidence for, or against, the view that the belief was actually held and the intent was, therefore, lacking.

III

Stare Decisis

The real issue in this appeal, it seems to me, is whether the Court should now overrule *Leary*. Let me say immediately that, even if a case were wrongly decided, certainty in the law remains an important consideration. There must be compelling circumstances to justify departure from a prior decision. On the other hand, it is clear that this Court may overrule its own decisions and indeed, it has exercised that discretion on a number of occasions. See *Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville*, [1982] 2 S.C.R. 518, at p. 527, citing the following cases for the proposition that the Court may overturn a prior decision: *Reference Re The Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198, at p. 212; *Binus v. The Queen*, [1967] S.C.R. 594, at p. 601; *Peda v. The Queen*, [1969] S.C.R. 905, at

Cet article, à mon avis, ne modifie pas le droit appliqué dans l'arrêt *Pappajohn*. Il n'exige pas que la croyance erronée soit raisonnable ou jugée raisonnable. Il établit simplement de manière précise que, dans l'examen de la question de la sincérité de la croyance, la présence ou l'absence de motifs raisonnables à l'appui de cette croyance sont des facteurs pertinents que le jury doit prendre en considération. Je suis d'avis que cette position avait été annoncée dans l'arrêt *Pappajohn* par le juge Dickson aux pp. 155 et 156, lorsqu'il a dit:

Ni le système du jury ni l'intégrité de la justice criminelle ne sont bien servis par la perpétuation de fictions. Le débat actuel dans les tribunaux et les journaux spécialisés sur la question de savoir si l'erreur doit être fondée, est important sur le plan conceptuel pour l'évolution harmonieuse du droit criminel, mais, à mon avis, c'est sans importance pratique, parce qu'il est peu probable que le jury croie l'accusé qui déclare être dans l'erreur à moins que celle-ci ne soit, aux yeux du jury, fondée sur des motifs raisonnables. Le jury devra examiner le caractère raisonnable de tous les motifs qui appuient le moyen de défense d'erreur ou que l'on affirme tel. Bien que des «motifs raisonnables» ne constituent pas une condition préalable au moyen de défense de croyance sincère au consentement, ils déterminent le poids qui doit lui être accordé. Le caractère raisonnable ou non de la croyance de l'accusé n'est qu'un élément qui appuie ou non l'opinion que la croyance existait en réalité et que, par conséquent, l'intention était absente.

III

Stare decisis

La véritable question en litige, à ce qu'il me semble, est de savoir si la Cour devrait maintenant renverser l'arrêt *Leary*. Je souligne immédiatement que, même si une affaire a été décidée de façon erronée, le principe de la certitude en droit demeure une considération importante. Il doit en effet y avoir des circonstances impérieuses pour justifier qu'on s'écarte d'un précédent. D'un autre côté, il est évident que cette Cour peut renverser ses propres arrêts, pouvoir discrétionnaire qu'elle a d'ailleurs exercé à plusieurs reprises. Voir *Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville*, [1982] 2 R.C.S. 518, à la p. 527, où l'on cite la jurisprudence suivante qui confirme que la Cour peut renverser un de ses propres arrêts: *Reference Re The Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198, à la p. 212; *Binus v. The*

p. 911; *Barnett v. Harrison*, [1976] 2 S.C.R. 531, at p. 559; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141, at p. 161; *A.V.G. Management Science Ltd. v. Barwell Developments Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 43, at p. 57; *Bell v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 212, at pp. 219-20.

Cases in which the Court has actually exercised its discretion and acted to overrule, in addition to *Ranville*, *supra*, include the following: *Paquette v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 189, at p. 197, overruling *Dunbar v. The King* (1936), 67 C.C.C. 20 (S.C.C.); *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654, at p. 661, overruling *Farwell v. The Queen* (1894), 22 S.C.R. 553; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811, at p. 830.

There are at least four separate factors which find support in the jurisprudence of the Court which in my submission lead to the conclusion that *Leary* should be overruled.

A. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

Since *Leary* was decided, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* has come into force. This Court has held that legislation which imposes the sanction of imprisonment without proof of a blameworthy state of mind violates the guarantee of fundamental justice contained in s. 7 of the *Charter* and must be struck down unless it can meet the exacting test of s. 1 (see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636).

The appellant submits that *Leary* runs counter to s. 7 by providing that intoxication is no defence to a crime of general intent. In circumstances where the requisite mental intent is lacking due to an intoxicated condition, a general intent offence is converted into one of absolute liability in which proof of the commission of the *actus reus* by itself mandates conviction. It is also submitted that *Leary* runs counter to the presumption of innocence and the right to a fair hearing as guaranteed

Queen, [1967] R.C.S. 594, à la p. 601; *Peda v. The Queen*, [1969] R.C.S. 905, à la p. 911; *Barnett c. Harrison*, [1976] 2 R.C.S. 531, à la p. 559; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141, à la p. 161; *A.V.G. Management Science Ltd. c. Barwell Developments Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 43, à la p. 57; *Bell c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 212, aux pp. 219 et 220.

Parmi les cas dans lesquels la Cour a en fait exercé son pouvoir discrétionnaire de manière à renverser certains de ses arrêts antérieurs, figurent, outre l'arrêt *Ranville*, précité, les arrêts suivants: *Paquette c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 189, à la p. 197, renversant l'arrêt *Dunbar v. The King* (1936), 67 C.C.C. 20 (C.S.C.); *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654, à la p. 661, renversant *Farwell v. The Queen* (1894), 22 R.C.S. 553; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811, à la p. 830.

Il y a au moins quatre facteurs distincts qui se dégagent de la jurisprudence de cette Cour qui, selon moi, mène à la conclusion que l'arrêt *Leary* doit être renversé.

A. *La Charte canadienne des droits et libertés*

Depuis que l'arrêt *Leary* a été rendu, la *Charte canadienne des droits et libertés* est entrée en vigueur. Cette Cour a jugé qu'une loi qui prévoit une peine d'emprisonnement sans exiger une preuve d'un état d'esprit blâmable viole la garantie de justice fondamentale énoncée à l'art. 7 de la *Charte* et doit en conséquence être invalidée, à moins qu'elle ne puisse satisfaire au critère sévère de l'article premier (voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636).

L'appelant prétend que l'arrêt *Leary* va à l'encontre de l'art. 7 en disposant que l'ivresse ne constitue pas une défense dans le cas d'un crime d'intention générale. Donc, lorsque l'intention requise est manquante pour cause d'ébriété, une infraction d'intention générale se transforme en infraction de responsabilité absolue, de sorte que la preuve de la perpétration de l'*actus reus* suffit pour qu'une déclaration de culpabilité s'impose. On allègue en outre que, dans la mesure où la

by s. 11(d) of the *Charter*, in so far as wrongful intent is irrebuttably presumed upon the showing of intoxication.

In *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, McIntyre J. held, at p. 603, that "the judiciary ought to apply and develop the principles of the common law in a manner consistent with the fundamental values enshrined in the Constitution." This principle supports the proposition that *Leary* ought to be reconsidered in light of the *Charter*.

The special mandate of the *Charter* has been found by the Court to require reconsideration of its own past decisions, and, where necessary, to overrule those authorities which fail to reflect the *Charter's* values: see, e.g., *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at pp. 333-34, overruling *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, [1963] S.C.R. 651, on the meaning of "freedom of religion"; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at pp. 639-40 overruling *Chromiak v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 471, on the meaning of "detention"; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, departing from *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917, on the meaning of "fundamental justice"; *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045, adopting the minority opinion in *Miller and Cockriell v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, in preference to that of the majority.

In *Leary*, I expressed the opinion that the fundamental rationale for the *mens rea* presumption could be framed in the following terms, at p. 34:

The notion that a court should not find a person guilty of an offence against the criminal law unless he has a blameworthy state of mind is common to all civilized penal systems. It is founded upon respect for the person and for the freedom of human will. A person is accountable for what he wills. When, in the exercise of the power of free choice, a member of society chooses to engage in harmful or otherwise undesirable conduct proscribed by the criminal law, he must accept the sanctions which that law has provided for the purpose of discouraging such conduct. Justice demands no less. But, to be criminal, the wrongdoing must have been consciously committed. To subject the offender to pun-

preuve d'intoxication fait naître une présomption irréfragable d'intention coupable, l'arrêt *Leary* est incompatible avec la présomption d'innocence et avec le droit à un procès équitable énoncés à l'al. a 11d) de la *Charte*.

Dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, le juge McIntyre a conclu à la p. 603 que «de judiciaire devrait expliquer et développer des principes de *common law* d'une façon compatible avec les valeurs fondamentales enchâssées dans la Constitution». Ce principe appuie la proposition selon laquelle il y a lieu de réexaminer l'arrêt *Leary* à la lumière de la *Charte*.

La Cour a conclu que la *Charte*, de par son mandat spécial, l'oblige à réexaminer ses propres arrêts antérieurs et, au besoin, à renverser ceux qui se révèlent non conformes aux valeurs consacrées dans la *Charte*: voir p. ex. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, aux pp. 333 et 334, renversant l'arrêt *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, [1963] R.C.S. 651 quant au sens de l'expression «liberté de religion»; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, aux pp. 639 et 640, renversant l'arrêt *Chromiak c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 471 quant au sens du mot «détention»; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, s'écartant de l'arrêt *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917, quant au sens de «justice fondamentale»; *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045, adoptant l'opinion de la minorité dans *Miller et Cockriell c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, de préférence à celle de la majorité.

Dans l'arrêt *Leary*, j'ai déclaré que la raison d'être fondamentale de la présomption de *mens rea* pouvait être ainsi formulée, à la p. 34:

Le principe selon lequel un tribunal ne devrait conclure à la culpabilité d'une personne en droit criminel que si elle était mal intentionnée existe dans tous les systèmes de droit pénal civilisés. Il repose sur le respect de la personne et la notion de libre arbitre. Toute personne est responsable de sa volonté. Lorsqu'en exerçant son libre choix, un membre de la société adopte une conduite nuisible ou socialement inacceptable, contraire au droit criminel, il doit accepter les peines qu'impose la loi pour décourager de tels comportements. La justice n'exige rien de moins. Cependant, pour être qualifié de criminel, l'acte reproché doit avoir été accompli consciemment. Pour qu'un délinquant soit passible d'une peine, le crime

ishment, a mental element as well as a physical element is an essential concomitant of the crime. The mental state basic to criminal liability consists in most crimes in either (a) an intention to cause the *actus reus* of the crime, *i.e.* an intention to do the act which constitutes the crime in question, or (b) foresight or realization on the part of the person that his conduct will probably cause or may cause the *actus reus*, together with assumption of or indifference to a risk, which in all of the circumstances is substantial or unjustifiable. This latter mental element is sometimes characterized as recklessness.

In my view, that same principle is now given constitutional force in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra* and *Vaillancourt*, *supra*. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, the Court held, at p. 514, that "absolute liability in penal law offends the principles of fundamental justice." In *Vaillancourt*, Lamer J. stated that *Re B.C. Motor Vehicle Act* "elevated *mens rea* from a presumed element in *Sault Ste. Marie*, *supra*, to a constitutionally required element" (p. 652). While the Court has not yet dealt directly with the extent to which objective foreseeability may suffice for the imposition of criminal liability (*Vaillancourt*, at pp. 653-54), that issue is not raised in the present context.

The effect of the majority holding in *Leary* is to impose a form of absolute liability on intoxicated offenders, which is entirely inconsistent with the basic requirement for a blameworthy state of mind as a prerequisite to the imposition of the penalty of imprisonment mandated by the above-cited authorities. I agree with the observation of Professor Stuart in *Canadian Criminal Law* (2nd ed. 1987) that s. 7 of the *Charter* mandates the reversal of *Leary* and the assertion of "the fundamental principles of voluntariness and fault" in relation to intoxication and the criminal law (at p. 378). If the constitutional guarantee empowers the court to strike down legislation as in the two cases cited above, surely it provides a sufficient basis for

doit nécessairement comporter un élément mental et un élément matériel. L'état mental requis pour qu'il y ait responsabilité pénale consiste dans la plupart des cas dans a) l'intention d'accomplir l'*actus reus* du crime, c'est-à-dire l'intention d'accomplir l'acte qui constitue le crime en question, ou dans b) le fait que la personne prévoit ou sait que son comportement entraînera probablement ou pourra entraîner l'*actus reus*, tout en acceptant le risque ou en y étant indifférente alors que, dans les circonstances, le risque est considérable ou injustifiable. Cet état d'esprit est parfois qualifié d'indifférence à l'égard des conséquences de l'acte.

À mon avis, ce même principe est maintenant constitutionnalisé dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, et l'arrêt *Vaillancourt*, précité. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, la Cour a dit, à la p. 514, que «la responsabilité absolue en droit pénal contrevient aux principes de justice fondamentale». Dans l'arrêt *Vaillancourt*, le juge Lamer a affirmé que «de l'élément présumé qu'elle était dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, précité, la *mens rea* est ainsi devenue un élément requis par la Constitution» (à la p. 652) dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* Bien que la Cour ne se soit pas encore prononcée directement sur la mesure dans laquelle la prévisibilité objective peut suffire pour fonder une conclusion à la responsabilité criminelle (*Vaillancourt*, aux pp. 653 et 654), cette question-là ne se pose pas dans le présent contexte.

La décision de la majorité dans l'affaire *Leary* a pour effet d'imposer à ceux qui commettent une infraction en état d'ébriété une sorte de responsabilité absolue, ce qui est tout à fait inconciliable avec l'exigence fondamentale, posée par la jurisprudence susmentionnée, de l'existence d'un état d'esprit blâmable comme condition pour que soit infligée une peine d'emprisonnement. J'abonde dans le sens du professeur Stuart qui dit dans *Canadian Criminal Law* (2nd ed. 1987) que l'art. 7 de la *Charte* commande le renversement de l'arrêt *Leary* et l'application des [TRADUCTION] «principes fondamentaux de l'intention et de la faute» relativement à l'intoxication en droit criminel (à la p. 378). Si la garantie constitutionnelle investit la Cour du pouvoir d'invalider des lois comme elle l'a fait dans les deux arrêts précités, elle lui permet certainement de renverser un de ses

overruling a prior decision of the Court which fails to respect constitutionally entrenched values.

The majority holding in *Leary* also runs counter to the s. 11(d) right to be presumed innocent until proven guilty. With respect to crimes of general intent, guilty intent is in effect presumed upon proof of the fact of intoxication. Moreover, the presumption of guilt created by the *Leary* rule is irrebuttable. In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, the Court stated, at p. 132:

... 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).

In *Vaillancourt*, Lamer J. stated the following, at pp. 654-55:

... before an accused can be convicted of an offence, the trier of fact must be satisfied beyond reasonable doubt of the existence of all of the essential elements of the offence. These essential elements include not only those set out by the legislature in the provision creating the offence but also those required by s. 7 of the Charter. Any provision creating an offence which allows for the conviction of an accused notwithstanding the existence of a reasonable doubt on any essential element infringes ss. 7 and 11(d). [Emphasis added.]

The same argument made in the context of s. 7 can be made in relation to s. 11(d). By providing that intoxication is no defence to a crime of general intent, *Leary* renders the offence one of absolute liability and runs counter to the presumption of innocence by presuming an essential element required by s. 7 upon the proof of the fact of intoxication.

In my view, the *Leary* rule cannot be upheld by reference to s. 1, as it cannot survive the "proportionality" inquiry. While the protection of the public, said to underlie the *Leary* rule, could serve as an important objective, in my view the *Leary* rule does not achieve that objective in a manner consistent with the proportionality test of *Oakes*, *supra*. *Oakes* requires that "the measures adopted

arrêts antérieurs qui ne respecte pas des valeurs enchâssées dans la Constitution.

De plus, la décision de la majorité dans l'affaire *Leary* va à l'encontre du droit garanti par l'al. 11d) d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable. En ce qui concerne les crimes d'intention générale, l'intention coupable se présume en effet du moment que l'ivresse est prouvée. Au surplus, la présomption de culpabilité créée par la règle posée dans l'arrêt *Leary* est irréfragable. Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, la Cour a dit, à la p. 132:

... 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).

Dans l'arrêt *Vaillancourt*, le juge Lamer a dit, aux pp. 654 et 655:

... pour qu'un accusé soit déclaré coupable d'une infraction, le juge des faits doit être convaincu hors de tout doute raisonnable de l'existence de tous les éléments essentiels de l'infraction. Ces éléments essentiels comprennent non seulement ceux énoncés par le législateur dans la disposition qui crée l'infraction, mais également ceux requis par l'art. 7 de la Charte. Toute disposition créant une infraction qui permet de déclarer un accusé coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément essentiel porte atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11d). [Je souligne.]

L'argument invoqué dans le contexte de l'art. 7 peut également être soulevé relativement à l'al. 11d). En établissant que l'ivresse ne constitue pas une défense dans le cas d'un crime d'intention générale, l'arrêt *Leary* fait de ce crime une infraction de responsabilité absolue et détruit la présomption d'innocence en présumant, dès lors qu'on apporte une preuve d'intoxication, l'existence d'un élément essentiel requis par l'art. 7.

À mon avis, la règle énoncée dans l'arrêt *Leary* ne saurait être maintenue aux termes de l'article premier, car elle ne satisfait pas au critère de «proportionnalité». Quoique la protection du public, but qui sous-tendait cette règle, puisse constituer un objectif important, j'estime que ladite règle n'atteint pas cet objectif d'une manière conforme au critère de proportionnalité formulé

must be carefully designed to achieve the objective in question." As I have noted, there is no agreement in the case law as to how to distinguish between crimes of "general intent" and crimes of "specific intent". This distinction was plainly not in the minds of the *Code* drafters, and the mental elements of many crimes are not readily classified into one category or the other. There is no rational reason for protecting the public against some drunken offenders but not against others, particularly where the distinction is not based upon the gravity of the offence or the availability of included offences. If the public protection does require special measures, that should be accomplished through comprehensive legislation rather than *ad hoc* judicial re-casting of some offences. For a recent review of possible legislative schemes, see Quigley, "Reform of the Intoxication Defence" (1987), 33 *McGill L.J.* 1.

The *Leary* rule in effect treats the deliberate act of becoming intoxicated as culpable in itself, but inflicts punishment measured by the unintended consequences of becoming intoxicated. Punishment acts as a deterrent where the conduct is intended or foreseen. There is no evidence to support the assertion that the *Leary* rule deters the commission of unintended crimes. Hence, there is no warrant for violating fundamental principles and convicting those who would otherwise escape criminal liability.

The *Leary* rule fails to satisfy the second branch of the proportionality test as well, namely, that the means chosen should impair as little as possible the right or freedom in question. In general intent offences, the jury is to be instructed to excise from their minds any evidence of drunkenness with the result that the Crown, because the accused is intoxicated, is relieved of proving *mens rea*, thereby placing the intoxicated person in a worse posi-

dans l'arrêt *Oakes*, précité. Suivant cet arrêt, «les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question». Or, comme je l'ai déjà fait remarquer, on ne peut dégager de la jurisprudence aucun consensus permettant de distinguer les crimes «d'intention générale» des crimes «d'intention spécifique». Il s'agit là, de toute évidence, d'une distinction qui n'a pas été envisagée par les rédacteurs du *Code* et l'élément moral d'un bon nombre de crimes ne peut pas être facilement rangé dans une catégorie ou dans l'autre. Il n'y a aucune raison logique de protéger le public contre certains délinquants en état d'ébriété mais non contre d'autres, particulièrement lorsque la distinction ne repose ni sur la gravité de l'infraction ni sur l'existence d'infractions comprises. Si des mesures spéciales s'imposent pour la protection du public, elles doivent être prises au moyen d'un texte législatif détaillé plutôt que par une reformulation de certaines infractions par les tribunaux pour faire face à des situations précises. Pour une étude récente des régimes législatifs possibles, voir Quigley, «Reform of the Intoxication Defence» (1987), 33 *McGill L.J.* 1.

La règle énoncée dans l'arrêt *Leary* a en réalité pour effet de traiter comme coupable en soi l'acte qui consiste à s'enivrer délibérément mais, en même temps, elle inflige une peine en fonction des conséquences non intentionnelles de l'ivresse. La peine joue un rôle dissuasif lorsqu'il s'agit d'une conduite intentionnelle ou prévue. Il n'existe aucune preuve toutefois pour appuyer l'assertion que la règle énoncée dans l'arrêt *Leary* sert à prévenir les crimes commis non intentionnellement. Pourtant rien ne justifie qu'on porte atteinte à des principes fondamentaux et qu'on déclare coupable ceux qui échapperaient normalement à la responsabilité criminelle.

La règle énoncée dans l'arrêt *Leary* ne satisfait pas non plus au second volet du critère de proportionnalité, savoir que le moyen choisi doit porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question. Dans le cas d'infractions d'intention générale, on doit dire aux jurés de faire abstraction de toute preuve d'ivresse, ce qui a pour conséquence que le ministère public, du fait de l'ivresse de l'accusé, est dispensé d'avoir à prouver la *mens*

tion than a sober person. Alternatively, the jury is required to examine the mental state of the accused, without reference to the alcohol ingested, and consequently find a fictional intent. In my view, imposition of this form of absolute liability goes well beyond what is required to protect the public from drunken offenders. As I have already indicated, striking down the artificial rule which precludes the trier of fact from considering evidence of intoxication in relation to *mens rea* has not produced an increase in the threat to public safety from drunken offenders in Australia, and there is no evidence to suggest that it would do so in Canada.

Finally, it is my view that there is a disproportionality between the effects of *Leary* on rights protected by the *Charter* and the objective of public safety. To paraphrase Lamer J. in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 521, it has not been demonstrated that risk of imprisonment of a few innocent persons is required to attain the goal of protecting the public from drunken offenders.

As stated in *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914, at p. 940: "This effect, given the range of alternative legislative devices available to Parliament, is too deleterious to be justified as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*. Simply put, the provision exacts too high a price to be justified in a free and democratic society."

B. *Leary* Attenuated by Subsequent Cases

Since *Leary* there have been developments in the jurisprudence of the Court which, in my submission, seriously undermine the view taken by the majority in *Leary*. The Court has held that where the holding of a case has been "attenuated" by subsequent decisions, it may be appropriate to overrule that earlier decision: *Reference re the*

rea, ce qui désavantage la personne en état d'ébriété par rapport à celle qui ne l'est pas; ou bien encore, on exige du jury qu'il examine l'état mental de l'accusé, sans tenir compte de l'alcool qu'il a pu consommer, ce qui l'oblige à conclure à l'existence d'une intention fictive. À mon avis, en retenant cette forme de responsabilité absolue, on dépasse de loin ce qui est nécessaire pour protéger le public contre les délinquants en état d'ébriété. L'invalidation de la règle artificielle qui vient empêcher le juge des faits de prendre en considération une preuve d'intoxication relativement à la question de la *mens rea*, je le répète, n'a pas entraîné en Australie une augmentation du danger que présentent les délinquants ivres pour la sécurité du public, et rien ne porte à croire qu'il en serait autrement au Canada.

Enfin, j'estime qu'il y a disproportion entre les effets qu'a l'arrêt *Leary* sur les droits protégés par la *Charte* et l'objectif de la sécurité publique. Pour paraphraser ce qu'a dit le juge Lamer dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 521, on n'a pas démontré qu'il est nécessaire pour atteindre le but de protéger le public contre les délinquants en état d'ébriété de courir le risque d'emprisonner quelques personnes innocentes.

Comme le dit l'arrêt *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914, à la p. 940: «Compte tenu de la gamme de mécanismes législatifs auxquels le législateur peut recourir, cet effet est trop néfaste pour être justifié comme limite raisonnable aux termes de l'article premier de la *Charte*. En somme, la disposition exige que l'on paie un prix trop élevé pour qu'elle soit justifiée dans une société libre et démocratique».

B. *L'atténuation des effets de l'arrêt Leary par la jurisprudence subséquente*

Depuis l'arrêt *Leary*, la jurisprudence de cette Cour a évolué d'une manière qui, à mon humble avis, ébranle sérieusement le point de vue adopté par la majorité dans cet arrêt-là. En effet, la Cour a jugé que dans un cas où un arrêt a été «atténué» par des décisions ultérieures, il peut convenir de renverser l'arrêt antérieur: *Renvoi relativement à*

Agricultural Products Marketing Act, [1978] 2 S.C.R. 1198.

In my view, *Leary* has also been undermined quite independently of the *Charter*. The Court has consistently held that an honest but unreasonable mistaken belief in consent will negate the *mens rea* required for rape, indecent assault or sexual assault: see *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *R. v. Bulmer, supra*, and *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918, at pp. 939-40. While the reasonableness of the accused's belief is a factor for the jury to consider in determining whether or not the belief was honestly held, a mistaken belief in consent need not be reasonable.

The *Leary* rule fits most awkwardly with that enunciated in *Pappajohn*. Lower courts have held that in the light of *Leary*, where intoxication is a factor in inducing a mistaken belief in consent, the jury must be instructed that while an honest but unreasonable belief will negate *mens rea* (*Pappajohn*) they are to disregard the affect that intoxication might have had in inducing that mistake (*Leary*). In *R. v. Moreau* (1986), 26 C.C.C. (3d) 359 (Ont. C.A.), at pp. 386-87, Martin J.A. described the task of the jury as follows:

It does not follow that the defence of honest belief in consent is unavailable on a charge of sexual assault to an accused who is voluntarily intoxicated. Where an issue arises on the evidence as to the accused's honest belief in consent, the defence of honest belief in consent must be put to the jury, notwithstanding the accused's self-induced intoxication. There may be a basis in the evidence for the accused's honest belief in consent apart altogether from his intoxication; there may even be reasonable grounds for that belief even though he was intoxicated. The intoxication may not be the cause of the mistaken belief. However, the accused cannot rely on his self-induced intoxication as the basis for his belief that the complainant consented. As Mayrand J.A. said in *R. v. Bresse, Vallières and Theberge* (1978), 48 C.C.C. (2d) 78 at p. 87, 7 C.R. (3d) 50 (Que. C.A.):

la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles, [1978] 2 R.C.S. 1198.

Selon moi, l'autorité de l'arrêt *Leary* a également été ébranlée tout à fait indépendamment de la *Charte*. Cette Cour a systématiquement conclu qu'une croyance sincère mais déraisonnable et erronée au consentement réduit à néant la *mens rea* requise pour le viol, l'attentat à la pudeur ou l'agression sexuelle: voir *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, *R. c. Bulmer*, précité, et *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918, aux pp. 939 et 940. Quoique le caractère raisonnable de la croyance de l'accusé soit un facteur que le jury doit prendre en considération en déterminant s'il s'agissait d'une croyance sincère, il n'est pas nécessaire qu'une croyance erronée au consentement soit raisonnable.

Or, la règle énoncée dans l'arrêt *Leary* cadre très mal avec celle énoncée dans l'arrêt *Pappajohn*. Certains tribunaux d'instance inférieure, se fondant sur l'arrêt *Leary*, ont conclu que dans un cas où l'ivresse est la cause d'une croyance erronée au consentement, il faut dire au jury qu'une croyance sincère mais déraisonnable réduit à néant la *mens rea* (l'arrêt *Pappajohn*), mais qu'on doit faire abstraction du rôle que l'ivresse a pu jouer dans cette erreur (l'arrêt *Leary*). Dans l'arrêt *R. v. Moreau* (1986), 26 C.C.C. (3d) 359 (C.A. Ont.), aux pp. 386 et 387, le juge Martin a ainsi décrit la tâche du jury:

[TRADUCTION] Il ne s'ensuit pas qu'un accusé qui s'est enivré volontairement ne saurait opposer en défense à une accusation d'agression sexuelle la croyance sincère au consentement. Lorsque la preuve soulève une question quant à la croyance sincère de l'accusé au consentement, cette défense doit être présentée au jury, bien que l'accusé soit responsable de son intoxication. Il se peut en fait que, tout à fait indépendamment de l'ivresse, la preuve permette de conclure que l'accusé croyait sincèrement qu'il y avait eu consentement; il se peut même que l'accusé ait eu des motifs raisonnables d'y croire, en dépit de son intoxication. Celle-ci peut ne pas être la cause de la croyance erronée. L'accusé ne saurait toutefois invoquer son intoxication volontaire pour fonder sa croyance au consentement de la plaignante. Comme l'a dit le juge Mayrand dans l'arrêt *Pierre Bresse et autres c. R.*, [1978] C.A. 443, à la p. 452, 48 C.C.C. (2d) 78, 7 C.R. (3d) 50 (C.A. Qué.):

One must distinguish the case in which, because of one's voluntary inebriation, a man takes no account of the refusal manifested by a woman from the case in which a man, because of the ambiguous conduct of the woman, believes sincerely that she consented to sexual relations. This *error of fact committed for reasons other than one's voluntary inebriation* is, in my opinion, a valid ground of defence.

(Emphasis added.)

In those circumstances the jury is required to engage in the difficult, and perhaps somewhat artificial task, of putting out of their minds the evidence of intoxication on the issue whether the accused honestly believed that the complainant consented. The test is not whether a reasonable and sober person would have made the same mistake but whether *the accused* would have made the same mistake if he had been sober; see Glanville Williams, *Textbook on Criminal Law*, 2nd ed. (1983) at pp. 481-2. However, to hold that evidence of self-induced intoxication is relevant to the honesty of the accused's belief in consent where his belief is founded on his mistaken appreciation, due to intoxication, of the facts relating to the complainant's consent is, in my view, incompatible with the rule laid down in *Leary*, and would completely negate the policy rule that self-induced intoxication is not a defence in crimes of general intent.

In my view, the *Leary* qualification on the criminal law principle of general application with respect to mistake of fact unnecessarily and unduly complicates the jury's task. Indeed, I find it difficult to imagine how it is humanly possible to follow the jury instruction apparently mandated by the combination of *Leary* and *Pappajohn*. This confusing and anomalous result is entirely the product of the deviation from basic criminal law principles which occurred in *Leary* and accordingly there is much to support the view that it should be overruled.

The inconsistency between *Leary* and *Pappajohn* has not gone unnoticed in the literature. In *Canadian Criminal Law*, *supra*, at p. 378, Professor Stuart describes the collision between *Leary* and *Pappajohn* as a "glaring inconsistency". In "*Regina v. O'Connor: Mens Rea Survives in Aus-*

Mais il faut distinguer le cas où, à cause de son ébriété volontaire, un homme ne tient aucun compte du refus manifesté par une femme et le cas où un homme, à cause du comportement équivoque de la femme, croit sincèrement qu'elle consent à des rapports sexuels. Cette *erreur de fait commise pour des raisons autres que son ébriété volontaire* est à mon avis un moyen de défense valable.

(Les italiques sont à moi.)

Dans ces circonstances, les jurés sont obligés, si difficile et peut-être artificiel que cela puisse être, de chasser de leur esprit la preuve d'intoxication quand ils examinent la question de savoir si l'accusé croyait sincèrement au consentement de la plaignante. Le test consiste non pas à se demander si une personne raisonnable qui n'était pas en état d'ébriété aurait commis la même erreur, mais bien si *l'accusé* aurait commis la même erreur s'il n'avait pas été ivre; voir Glanville Williams, *Textbook on Criminal Law*, 2nd ed. (1983), aux pp. 481 et 482. Conclure toutefois que la preuve de l'intoxication volontaire est pertinente relativement à la question de savoir si l'accusé a sincèrement cru au consentement lorsque cette croyance se fonde sur son interprétation erronée, causée par son intoxication, des faits reliés au consentement de la plaignante, va selon moi à l'encontre de la règle énoncée dans l'arrêt *Leary* et réduirait à néant le principe de politique générale voulant que l'intoxication volontaire ne constitue pas un moyen de défense dans le cas de crimes d'intention générale.

À mon avis, la restriction apportée par l'arrêt *Leary* au principe de droit criminel généralement applicable en matière d'erreur de fait complique inutilement et indûment la tâche du jury. De fait, je conçois mal comment il soit humainement possible de suivre les directives aux jurys apparemment commandées par la combinaison des arrêts *Leary* et *Pappajohn*. Ce résultat à la fois déroutant et anormal est entièrement attribuable au fait que dans l'arrêt *Leary* on s'est écarté des principes fondamentaux du droit criminel. Il existe donc de sérieuses raisons de conclure que cet arrêt doit être renversé.

L'incompatibilité des arrêts *Leary* et *Pappajohn* n'est pas passée inaperçue dans la doctrine. Dans *Canadian Criminal Law*, précité, à la p. 378, le professeur Stuart la qualifie de «criante». Dans «*Regina v. O'Connor: Mens Rea Survives in Aus-*

tralia" (1981), 19 *U.W.O. L. Rev.* 281, at pp. 300-301, David H. Doherty observes:

The two judgments are clearly inconsistent. *Pappajohn* confirms the essential requirement of a subjective mental culpability as a prerequisite to criminal liability. *Leary* creates a fundamental exception to that requirement. The facts of *Pappajohn* show that the judgments will inevitably come into conflict. The Supreme Court of Canada chose to avoid dealing with the conflict in *Pappajohn* by ignoring the evidence of drinking by the accused. It is to be hoped that in a later case the Court will seek a more positive resolution to the problem. In seeking that resolution the majority position in *O'Connor* deserves emulation. After reading the opinions expressed in *O'Connor*, one concludes, as did the minority in *Leary*, that the position taken in *Majewski* and adopted by the majority in *Leary* constitutes an illogical, unwarranted, and detrimental departure from the contemporary trend in criminal law which recognizes subjective mental blameworthiness at the time of the doing of the prohibited act as the *sine qua non* of criminal liability. The creation of exceptions to the principle compelled by considerations of public policy must be left to Parliament.

See also Peter J. Connelly, "Drunkenness and Mistake of Fact: *Pappajohn v. The Queen*; *Swietlinski v. The Queen*" (1981), 24 *Crim. L.Q.* 49; Christine Boyle, *Sexual Assault* (1984), at pp. 89-90.

C. *Leary* Creates Uncertainty

The third general consideration justifying the Court in overruling *Leary* is the principle established in *Ranville*, *supra*, where the Court overruled its previous decision in *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1975] 1 S.C.R. 228, on the ground that continued recognition of the *persona designata* category could only have the effect of creating doubt as to which procedure a party should follow. The prior decision itself was a cause of uncertainty, and therefore following the prior decision because of *stare decisis* would be contrary to the underlying value behind that doctrine, namely, clarity and certainty in the law. Similarly, in *Vetrovec*, *supra*, the Court overruled previous decisions relating to corroboration and

tralia» (1981), 19 *U.W.O. L. Rev.* 281, aux pp. 300 et 301, David H. Doherty fait observer:

[TRADUCTION] Visiblement, les deux arrêts sont contradictoires. L'arrêt *Pappajohn* confirme l'exigence essentielle d'une culpabilité mentale subjective comme condition de la responsabilité criminelle. L'arrêt *Leary* crée une exception fondamentale à cette exigence. Il se dégage des faits de l'affaire *Pappajohn* que ces deux arrêts entreraient inévitablement en conflit. Dans l'affaire *Pappajohn*, la Cour suprême du Canada a choisi d'éluider le problème du conflit en ne tenant pas compte de la preuve que l'accusé avait bu. Or, il est à espérer que dans un arrêt ultérieur la Cour cherchera plutôt à résoudre ce problème et il serait bon qu'en le résolvant elle s'inspire de la position de la majorité dans l'affaire *O'Connor*. En effet, lecture faite des opinions exprimées dans l'affaire *O'Connor*, on est amené à conclure, à l'instar de la minorité dans l'affaire *Leary*, que la position prise dans l'arrêt *Majewski* et adoptée par la majorité dans l'affaire *Leary* constitue une entorse illogique, injustifiée et nuisible à la tendance actuelle en droit criminel qui reconnaît la culpabilité mentale subjective au moment de la perpétration de l'acte prohibé comme condition *sine qua non* de la responsabilité criminelle. C'est au législateur que doit revenir la tâche de créer des exceptions au principe lorsque cela s'impose pour des raisons de politique générale.

Voir en outre Peter J. Connelly, «Drunkenness and Mistake of Fact: *Pappajohn v. The Queen*; *Swietlinski v. The Queen*» (1981) 24 *Crim. L.Q.* 49; Christine Boyle, *Sexual Assault* (1984), aux pp. 89 et 90.

g C. L'arrêt *Leary*: cause d'incertitude

La troisième considération d'ordre général justifiant que cette Cour renverse l'arrêt *Leary* est le principe établi dans l'arrêt *Ranville*, précité, où cette Cour a renversé son arrêt antérieur *Commonwealth de Puerto Rico c. Hernandez*, [1975] 1 R.C.S. 228, pour le motif que si on continuait à reconnaître l'existence de la catégorie de *persona designata*, cela ne pourrait que faire naître des doutes quant à la procédure à suivre par une partie. L'arrêt antérieur était lui-même une cause d'incertitude, de sorte que, en le suivant simplement par respect pour le principe du *stare decisis*, on se serait trouvé aller à l'encontre de la valeur fondamentale sous-tendant ce principe, c'est-à-dire celle de la clarté et de la certitude du droit. De

stated, "The law of corroboration is unduly and unnecessarily complex and technical".

I have already indicated the confusion created by the combination of *Leary* and *Pappajohn*. I suggest that the distinction between "general" and "specific" intent which *Leary* mandates and the notorious difficulty in articulating a clear and workable definition of specific intent falls squarely within the principle enunciated in *Ranville* and *Vetrovec*. Because that category is based on policy rather than principle, classification of offences as falling within or without the specific intent category is necessarily an *ad hoc*, unpredictable exercise.

The situation with respect to the offence of break and enter, raised by the companion case, *R. v. Quin*, [1988] 2 S.C.R. 825, provides an example. In *R. v. Campbell* (1974), 17 C.C.C. (2d) 320 (Ont. C.A.), the accused was charged with breaking and entering with intent pursuant to s. 306(1)(a). The Ontario Court of Appeal held that offence to be a crime of specific intent and hence drunkenness was relevant to the issue of intention. In *Quin*, the accused was charged with breaking and entering and committing an indictable offence pursuant to s. 306(1)(b). The same court held that under that subsection, the break and enter offence was one requiring only proof of general intent and hence evidence of intoxication could not be considered. A legal category which creates distinctions of this kind, in my view, complicates and confuses the law to an unacceptable degree and, absent some compelling need for its retention, should be abandoned.

Another example of the complexity and uncertainty caused by the specific/general intent dichotomy is provided by *Swietlinski*, *supra*. In that case, the accused was charged with murder pursuant to s. 213(d) of the *Criminal Code*. The

même, dans l'arrêt *Vetrovec*, précité, la Cour a renversé des arrêts antérieurs en matière de corroboration et a affirmé que «le droit relatif à la corroboration est inutilement et indûment complexe et formaliste».

J'ai déjà mentionné la confusion engendrée par la combinaison des arrêts *Leary* et *Pappajohn*. Selon moi, la distinction entre une intention «générale» et une intention «spécifique» que l'arrêt *Leary* impose et la difficulté notoire qu'il y a à formuler une définition claire et pratique de l'intention spécifique relèvent directement du principe énoncé dans les arrêts *Ranville* et *Vetrovec*. Parce qu'il s'agit d'une catégorie fondée sur la politique générale plutôt que sur les principes, la classification des infractions selon qu'elles tombent dans la catégorie de l'intention spécifique ou non est nécessairement un exercice *ad hoc* au résultat imprévisible.

La situation en ce qui concerne l'infraction d'introduction par effraction, dont il est question dans l'arrêt *R. c. Quin*, [1988] 2 R.C.S. 825, en est un exemple. Dans l'affaire *R. v. Campbell* (1974), 17 C.C.C. (2d) 320 (C.A. Ont.), l'accusé a été inculpé aux termes de l'al. 306(1)a) de s'être introduit dans un endroit par effraction avec l'intention d'y commettre un acte criminel. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu qu'il s'agissait d'un crime d'intention spécifique de sorte que l'ivresse était pertinente relativement à la question de l'intention. Dans l'affaire *Quin*, l'accusé se trouvait inculpé d'avoir enfreint l'al. 306(1)b) en s'introduisant dans un endroit par effraction et en y commettant un acte criminel. La même cour a jugé qu'en vertu de cet alinéa cette dernière infraction ne nécessitait que la preuve d'une intention générale et qu'on ne pouvait donc pas tenir compte de la preuve d'intoxication. Or, à mon avis, une catégorie juridique qui crée des distinctions de ce genre complique et embrouille le droit d'une manière intolérable et, en l'absence d'une nécessité impérieuse de la conserver, elle doit être abandonnée.

L'arrêt *Swietlinski*, précité, fournit une autre illustration de la complexité et de l'incertitude résultant de la dichotomie entre l'intention spécifique et l'intention générale. Dans cette affaire-là, l'accusé avait été inculpé de meurtre aux termes de

enumerated offence the accused was alleged to have committed was indecent assault. *Leary* had held that rape was an offence of general intent and in *Swietlinski*, the Court applied *Leary* to the offence of indecent assault. However, because of the constructive murder provision, this would have led to a situation where the accused would be convicted of murder without any criminal intent. To avoid that result, the Court held that where indecent assault formed the ingredient of constructive murder pursuant to s. 213, evidence of drunkenness could be taken into account in determining whether in fact the accused had the requisite intent for the offence of indecent assault. In other words, the Court held quite explicitly that intoxication did logically bear upon the issue of intent to commit indecent assault, and that the only issue was whether, as a matter of policy, the jury should be told to put that evidence out of mind. In the light of *Vaillancourt*, *Swietlinski* is no longer significant for its result. Indeed, *Vaillancourt* and *Swietlinski* have this in common: both cases demonstrate the Court's aversion to the imposition of liability without *mens rea*. In my view, to hold that evidence of intoxication can be taken into account with reference to an offence for certain purposes but not for other purposes is further reflection of the confusion, uncertainty, and lack of principle which motivates the specific/general intent dichotomy.

D. *Leary* Unfavourable to Accused

The fourth factor which bears directly upon whether or not the Court should overrule *Leary* in my view, is that the *Leary* rule is one which operates against the accused by expanding the scope of criminal liability beyond normal limits. Respect for the principle of certainty and the institutional limits imposed upon the law-making function of the courts should constrain the Court from overruling a prior decision where the effect would be to expand criminal liability. It is not for the courts to create new offences, or to broaden

l'al. 213d) du *Code criminel*. Parmi les infractions énumérées, celle qu'on reprochait à l'accusé était l'attentat à la pudeur. On avait décidé dans l'arrêt *Leary* que le viol était une infraction d'intention générale et, dans l'affaire *Swietlinski*, la Cour a appliqué l'arrêt *Leary* à l'infraction d'attentat à la pudeur. Toutefois, la disposition relative au meurtre par imputation aurait fait que l'accusé se serait trouvé déclaré coupable de meurtre sans qu'il ait eu d'intention criminelle. Pour parer à un tel résultat, la Cour a jugé que, dans un cas où l'attentat à la pudeur constituait l'élément permettant de conclure au meurtre par imputation aux fins de l'art. 213, on pouvait prendre en considération la preuve d'ivresse pour déterminer si l'accusé avait réellement l'intention requise pour l'infraction d'attentat à la pudeur. En d'autres termes, la Cour a dit très explicitement que l'ivresse avait bel et bien un rapport logique avec la question de l'intention de commettre un attentat à la pudeur et que l'unique point à décider était de savoir si la politique générale exigeait qu'on dise au jury de ne pas prendre cette preuve en considération. Compte tenu de l'arrêt *Vaillancourt*, l'arrêt *Swietlinski* ne tire plus à conséquence. De fait, les arrêts *Vaillancourt* et *Swietlinski* ont ceci de commun qu'ils révèlent tous les deux la répugnance qu'a cette Cour à conclure à la responsabilité lorsqu'il n'y a pas de *mens rea*. À mon avis, la conclusion que la preuve d'intoxication peut être prise en considération relativement à une infraction à certaines fins mais non à d'autres constitue une manifestation de plus de la confusion, de l'incertitude et de l'absence de principes qui est à l'origine de la dichotomie entre l'intention spécifique et l'intention générale.

D. *L'arrêt Leary* est défavorable à l'accusé

Selon moi, le quatrième facteur qui se rapporte directement à la question de savoir si la Cour doit renverser l'arrêt *Leary* est que la règle énoncée dans cet arrêt joue contre l'accusé en élargissant la portée de la responsabilité criminelle au-delà des limites normales. Le respect du principe de la certitude et les restrictions institutionnelles imposées aux tribunaux en ce qui concerne l'élaboration du droit prétorien devraient inciter la Cour à refuser de renverser un arrêt antérieur quand cela aurait pour effet d'élargir la responsabilité crimi-

the net of liability, particularly as changes in the law through judicial decision operate retrospectively. The same argument does not apply, however, where the result of overruling a prior decision is to establish a rule favourable to the accused. In my submission, this principle underlies the decision of the Court in *Paquette v. The Queen, supra*, at p. 197, where the Court overruled its previous decision in *Dunbar v. The King, supra*, which had held that an accused who was a party to murder, but who had not himself committed the act, could not rely upon the defence of duress. (See also *R. v. Santeramo* (1976), 32 C.C.C. (2d) 35 (Ont. C.A.), at p. 46, *per* Brooke J.A.: "I do not feel bound by a judgment of this Court where the liberty of the subject is in issue if I am convinced that that judgment is wrong.")

IV

Disposition

The trial judge made no reference in his charge to the jury to the requirement that the Crown prove that the accused acted with the requisite intent. In my view, this is fatal to the conviction. Although the Crown presented a strong case against the accused at trial, no request was made by the respondent that this Court apply the provision of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, and in any event, it is not for this Court to speculate as to the likely result had the jury been properly instructed.

It follows that the appeal should be allowed, the conviction set aside, and a new trial ordered.

The judgment of Beetz and McIntyre JJ. was delivered by

MCINTYRE J.—I have had the advantage of reading the reasons for judgment of the Chief Justice. With the greatest deference, I find that I am unable to agree with his reasons and his dispo-

nelle. Il n'appartient pas aux tribunaux de créer de nouvelles infractions ni de donner plus d'extension à la responsabilité, d'autant plus que les changements apportés au droit par des décisions judiciaires ont un effet rétroactif. Le même argument ne peut toutefois pas être invoqué lorsque le fait de renverser un arrêt antérieur a pour conséquence la création d'une règle favorable à l'accusé. À mon humble avis, c'est là le principe qui sous-tend l'arrêt *Paquette c. La Reine*, précité, à la p. 197, où cette Cour a renversé son arrêt antérieur *Dunbar v. The King*, précité, dans lequel on avait conclu qu'un accusé ayant participé à un meurtre, mais sans l'avoir commis lui-même, ne pouvait se prévaloir du moyen de défense de la contrainte. (Voir en outre l'arrêt *R. v. Santeramo* (1976), 32 C.C.C. (2d) 35 (C.A. Ont.), à la p. 46, motifs du juge Brooke, qui a dit: [TRADUCTION] «Je ne me sens pas lié par un arrêt de cette Cour dans un cas où la liberté d'un individu est en jeu, si je suis convaincu que l'arrêt en question est erroné.»)

IV

Dispositif

Le juge du procès n'a pas indiqué dans ses instructions au jury que le ministère public devait prouver que l'accusé avait agi avec l'intention requise. À mon avis, cela porte un coup fatal à la déclaration de culpabilité. Bien que le ministère public ait présenté une preuve solide contre l'accusé au procès, l'intimée n'a pas demandé à cette Cour d'appliquer la disposition du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* et, de toute façon, il n'appartient pas à cette Cour de faire des conjectures sur le résultat probable si le jury avait reçu des instructions appropriées.

Il s'ensuit que le pourvoi doit être accueilli, la déclaration de culpabilité infirmée et un nouveau procès ordonné.

Version française du jugement des juges Beetz et McIntyre rendu par

LE JUGE MCINTYRE—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement du Juge en chef. Avec égards, je ne puis souscrire ni à ses motifs ni à sa

sition of the appeal. I would dismiss the appeal for the reasons I will endeavour to set out.

The appellant was charged with sexual assault causing bodily harm, contrary to s. 246.2(c) of the *Criminal Code*. The facts giving rise to the charge have been set out by the Chief Justice and I need not make extensive reference to them. It will suffice to say that the twenty-four-year-old appellant committed the sexual assault upon the eighteen-year-old complainant in his apartment. It was conceded that intercourse had taken place without the consent of the complainant. During the course of the assault, the appellant punched her, caused an injury to her eye, and threatened to kill her. He was convicted at trial before judge and jury. He gave no evidence but his statement to the police, admitting that he had forced the complainant to have intercourse, was put in evidence. The trial judge told the jury that the sole issue before them was that of consent. On the question of drunkenness, he said:

Only the accused in his statement says, "I was all drunk up too". There was no evidence of drunkenness except that statement and it is open to you to accept it and find that he was drunk but even if he was drunk drunkenness is no defence to the charge alleged against this accused.

The appellant's appeal was dismissed. It is now reported at (1985), 18 C.C.C. (3d) 574. The Court of Appeal held that the offence of causing bodily harm was an offence of general intent to which the defence of drunkenness did not apply. In this, they followed *Director of Public Prosecutions v. Majewski*, [1977] A.C. 443 (H.L.), and their disposition of the case is consistent with *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29.

There are two issues which arise in this appeal. The first is whether sexual assault causing bodily harm (*Criminal Code*, s. 246.2(c)) is an offence requiring proof of specific or of general intent, and the second is whether evidence of self-induced drunkenness is relevant to the issue of guilt or

décision en l'espèce. Pour les raisons que je vais exposer ci-après, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

L'appellant a été accusé d'agression sexuelle causant des lésions corporelles, en infraction à l'al. 246.2c) du *Code criminel*. Les faits qui ont donné lieu à l'accusation sont relatés par le Juge en chef, de sorte que je n'ai pas à en parler très longuement. Il suffit de signaler que l'appellant, âgé de vingt-quatre ans, a commis une agression sexuelle contre la plaignante, âgée de dix-huit ans, dans son appartement à lui. Il est admis qu'il y a eu des rapports sexuels sans le consentement de la plaignante. Au cours de l'agression, l'appellant a donné des coups de poing à la plaignante, la blessant à l'œil, et a menacé de la tuer. Il a été déclaré coupable à l'issue d'un procès devant un juge et un jury. Quoique l'appellant n'ait pas témoigné, la déclaration qu'il avait faite à la police, dans laquelle il avoue avoir forcé la plaignante à avoir des rapports sexuels, a été produite en preuve. Le juge du procès a dit aux jurés que la seule question qu'ils avaient à décider était celle du consentement. Sur la question de l'ivresse, il a dit:

[TRADUCTION] L'accusé a été le seul à parler d'ivresse dans sa déclaration: «J'étais bien soûl aussi.» Exception faite de cette déclaration, il n'y a aucune preuve qu'il était ivre. Or, vous pouvez l'accepter et conclure qu'il était en état d'ébriété, mais même s'il l'était, l'ivresse ne peut être opposée comme défense à l'accusation portée contre lui.»

L'appel interjeté par l'appellant a été rejeté dans un arrêt qui est maintenant publié à (1985), 18 C.C.C. (3d) 574. La Cour d'appel a conclu que l'infraction qui consiste à infliger des lésions corporelles est une infraction d'intention générale à laquelle le moyen de défense d'ivresse ne s'applique pas. En cela la Cour d'appel a suivi l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Majewski*, [1977] A.C. 443 (H.L.), et a tranché l'appel d'une manière conforme à l'arrêt *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29.

Ce pourvoi soulève deux questions. La première est de savoir si l'agression sexuelle entraînant des lésions corporelles (*Code criminel*, al. 246.2c)) est une infraction nécessitant la preuve d'une intention spécifique ou bien d'une intention générale et la seconde est de savoir si la preuve d'ivresse volon-

innocence in an offence of general intent. Before dealing in detail with these questions, it will be helpful to make certain observations.

A distinction has long been recognized in the criminal law between offences which require the proof of a specific intent and those which require only the proof of a general intent. This distinction forms the basis of the defence of drunkenness and it must be understood and kept in mind in approaching this case. In *R. v. George*, [1960] S.C.R. 871, Fauteux J. said, at p. 877:

In considering the question of *mens rea*, a distinction is to be made between (i) intention as applied to acts considered in relation to their purposes and (ii) intention as applied to acts considered apart from their purposes. A general intent attending the commission of an act is, in some cases, the only intent required to constitute the crime while, in others, there must be, in addition to that general intent, a specific intent attending the purpose for the commission of the act.

This statement makes the distinction clear. The general intent offence is one in which the only intent involved relates solely to the performance of the act in question with no further ulterior intent or purpose. The minimal intent to apply force in the offence of common assault affords an example. A specific intent offence is one which involves the performance of the *actus reus*, coupled with an intent or purpose going beyond the mere performance of the questioned act. Striking a blow or administering poison with the intent to kill, or assault with intent to maim or wound, are examples of such offences.

This distinction is not an artificial one nor does it rest upon any legal fiction. There is a world of difference between the man who in frustration or anger strikes out at his neighbour in a public house with no particular purpose or intent in mind, other than to perform the act of striking, and the man who strikes a similar blow with intent to cause death or injury. This difference is best illustrated

taire est pertinente relativement à la question de la culpabilité ou de l'innocence dans le cas d'une infraction d'intention générale. Avant d'entreprendre une étude détaillée de ces questions, il est utile de faire quelques observations.

Voilà longtemps que le droit criminel reconnaît l'existence d'une distinction entre les infractions requérant la preuve d'une intention spécifique et celles qui n'exigent que la preuve d'une intention générale. En abordant la présente affaire, il faut comprendre et garder à l'esprit cette distinction, qui constitue le fondement de la défense d'ivresse. Dans l'arrêt *R. v. George*, [1960] R.C.S. 871, le juge Fauteux dit, à la p. 877:

[TRADUCTION] En étudiant la question de la *mens rea*, il y a lieu d'établir une distinction entre (i) l'intention qui s'applique aux actes en fonction des buts visés et (ii) l'intention qui s'applique aux actes indépendamment des buts visés. Dans certains cas, l'intention générale de perpétrer l'acte suffit pour qu'il y ait crime alors que dans d'autres cas il doit y avoir, outre l'intention générale, une intention spécifique de commettre l'acte.

Ce passage rend la distinction claire. L'infraction d'intention générale est celle pour laquelle l'intention se rapporte uniquement à l'accomplissement de l'acte en question, sans qu'il y ait d'autre intention ou dessein. L'intention minimale d'avoir recours à la force qui doit exister dans le cas de l'infraction de voies de fait en est un exemple. Une infraction d'intention spécifique se caractérise par la perpétration de l'*actus reus* assortie d'une intention ou d'un dessein qui ne se limite pas à l'accomplissement de l'acte en question. Frapper une personne ou lui administrer du poison avec l'intention de la tuer, ou encore commettre des voies de fait avec l'intention de mutiler une personne ou de lui infliger des blessures, voilà des exemples de telles infractions.

Cette distinction n'est ni artificielle ni ne repose sur une fiction juridique. Il y a un monde entre l'homme qui dans un accès de frustration ou de colère porte un coup à quelqu'un dans un débit de boissons sans avoir d'autre dessein ou intention que de frapper et l'homme qui assène le même coup avec l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles. Cette différence se dégage le plus net-

by a consideration of the relationship between murder and manslaughter. He who kills intending to kill or cause bodily harm is guilty of murder, whereas he who has killed by the same act without such intent is convicted of manslaughter. The proof of the specific intent, that is, to kill or to cause bodily harm, is necessary in murder because the crime of murder is incomplete without it. No such intent is required, however, for the offence of manslaughter because it forms no part of the offence, manslaughter simply being an unlawful killing without the intent required for murder. The relevance of intoxication which could deprive an accused of the capacity to form the necessary specific intent in murder and its irrelevance in the crime of manslaughter can readily be seen.

The present law relating to the drunkenness defence has developed in this Court from the application of principles set out in *Director of Public Prosecutions v. Beard*, [1920] A.C. 479 (H.L.), discussed and adapted in other United Kingdom cases, including *Attorney-General for Northern Ireland v. Gallagher*, [1961] 3 All E.R. 299 (H.L.); *Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland*, [1961] 3 All E.R. 523 (H.L.), and *Director of Public Prosecutions v. Majewski*, *supra*. In this Court, the matter has been dealt with in *R. v. George*, *supra*, and other cases, but particularly in *Leary v. The Queen*, *supra*, where Pigeon J., speaking for the majority of the Court, said, at p. 57, that rape is a crime of general intention as distinguished from specific intention, a crime therefore "in which the defence of drunkenness can have no application". This may be said to have confirmed the law as it stands in Canada on this question and the appellant's principal attack in this Court is upon that decision. It is not necessary for the purposes of this judgment to review in detail the authorities in this Court on the question. It will be sufficient to summarize their effect in the following terms. Drunkenness in a general sense is not a true defence to a criminal

tement d'un examen du rapport entre le meurtre et l'homicide involontaire coupable. Quiconque tue quelqu'un avec l'intention de le tuer ou de lui infliger des lésions corporelles se rend coupable de meurtre, tandis qu'une personne qui commet l'acte identique sans cette intention se voit déclarer coupable d'homicide involontaire coupable. La preuve de l'intention spécifique, c'est-à-dire celle de tuer ou de causer des lésions corporelles, est nécessaire pour établir le meurtre parce que le crime de meurtre est incomplet sans cet élément. Aucune intention de ce genre n'est toutefois requise pour l'infraction d'homicide involontaire coupable parce qu'elle ne fait pas partie de l'infraction, l'homicide involontaire coupable étant simplement un homicide illégal qui ne comporte pas l'intention nécessaire pour qu'il y ait meurtre. On voit donc facilement que l'intoxication pouvant mettre l'accusé dans l'incapacité de former l'intention spécifique requise est pertinente dans le cas du meurtre, mais qu'elle ne l'est pas relativement au crime d'homicide involontaire coupable.

La règle de droit actuelle en ce qui concerne la défense d'ivresse a été élaborée par cette Cour en application des principes posés dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Beard*, [1920] A.C. 479 (H.L.), puis analysés et adaptés dans d'autres arrêts britanniques, notamment *Attorney-General for Northern Ireland v. Gallagher*, [1961] 3 All E.R. 299 (H.L.), *Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland*, [1961] 3 All E.R. 523 (H.L.) et *Director of Public Prosecutions v. Majewski*, précité. En cette Cour, la question a été abordée dans l'arrêt *R. v. George*, précité, et dans plusieurs autres, mais surtout dans l'arrêt *Leary c. La Reine*, précité, où, parlant au nom de la majorité, le juge Pigeon affirme, à la p. 57, que le viol est un crime d'intention générale par opposition à un crime d'intention spécifique, un crime donc «pour lequel la défense d'ivresse n'est pas recevable». On peut dire que cela a confirmé le droit au Canada à cet égard et, en cette Cour, l'appelant a principalement attaqué l'arrêt *Leary*. Il n'est pas nécessaire aux fins de la présente discussion d'entreprendre un examen minutieux des arrêts de cette Cour à ce sujet. Il suffira de résumer leur effet dans les termes suivants. L'ivresse au sens général ne constitue pas véritablement une défense opposable à

act. Where, however, in a case which involves a crime of specific intent, the accused is so affected by intoxication that he lacks the capacity to form the specific intent required to commit the crime charged it may apply. The defence, however, has no application in offences of general intent.

The criticism of the law with respect to the defence of drunkenness is based on two propositions. It is said, firstly, that the distinction between the general intent and specific intent offences is artificial and is little more than a legal fiction. Secondly, it is said that it is illogical, because it envisages a defence of drunkenness in certain situations and not in others; it is merely a policy decision made by judges and not based on principle or logic. It will be evident from what I have said that I reject the first ground of criticism. As to the second criticism that it is based upon grounds of policy, I would say that there can be no doubt that considerations of policy are involved in this distinction. Indeed, in some cases, principally *Majewski, supra*, the distinction has been defended on the basis that it is sound social policy. The fact, however, that considerations of policy have influenced the development of the law in this field cannot, in my view, be condemned. In the final analysis all law should be based upon and consistent with sound social policy. No good law can be inconsistent with or depart from sound policy.

If the policy behind the present law is that society condemns those who, by the voluntary consumption of alcohol, render themselves incapable of self-control so that they will commit acts of violence causing injury to their neighbours, then in my view no apology for such policy is needed, and the resulting law affords no affront to the well established principles of the law or to the freedom of the individual. Furthermore, the existing law is not divorced from logical underpinnings as suggested in some academic writings. Not all the

une accusation d'avoir commis un acte criminel. Toutefois, dans le cas d'un crime d'intention spécifique, lorsque l'intoxication de l'accusé est de nature à le rendre incapable de former l'intention spécifique requise pour commettre le crime qu'on lui impute, il se peut que cette défense puisse s'appliquer. Elle ne s'applique cependant pas aux infractions d'intention générale.

^b Le droit relatif à la défense d'ivresse est critiqué à deux titres. On prétend d'abord que la distinction entre les infractions d'intention générale et les infractions d'intention spécifique est artificielle et qu'elle n'est rien d'autre qu'une fiction juridique. ^c En deuxième lieu, on dit qu'elle est illogique puisqu'elle envisage une défense d'ivresse dans certaines situations, mais non dans d'autres; il s'agit simplement d'une décision de politique générale ^d prise par des juges, qui ne repose ni sur les principes ni sur la logique. Il sera évident à la lecture de ce qui précède que je rejette la première critique. Quant à la seconde, celle selon laquelle la distinction est fondée sur des motifs de politique générale, ^e je dirais qu'il ne fait aucun doute que des considérations de politique générale jouent dans cette distinction. De fait, dans certaines décisions, principalement dans l'arrêt *Majewski*, précité, la distinction a été défendue parce qu'elle traduit une saine politique sociale. ^f Toutefois, on ne saurait, selon moi, trouver à redire au fait que des considérations de politique générale ont influencé l'évolution du droit dans ce domaine. En dernière analyse, ^g toutes les règles de droit devraient avoir à leur base une saine politique sociale et être compatibles avec celle-ci. Aucune règle de droit valable ne peut être incompatible avec une telle politique ni s'en écarter.

^h Si la règle de droit actuelle repose sur une politique suivant laquelle la société condamne ceux qui, par la consommation volontaire d'alcool, se rendent incapables de se maîtriser, de sorte qu'ils commettent des actes violents qui occasionnent des blessures à leurs semblables, alors j'estime qu'une telle politique se passe de justification et la règle de droit qui en résulte ne se heurte d'aucune manière aux principes de droit bien établis ni ne porte atteinte à la liberté de l'individu. De plus, contrairement à ce que prétendent certains auteurs

academic literature has been critical. A strong statement in support of the law on utilitarian or policy grounds made shortly after *Majewski* is by Sir Rupert Cross in "Blackstone v. Bentham" (1976), 92 *L.Q.R.* 516, where he said, at pp. 525-26:

In reply to Bentham and the academics I would ask why it is "hard and unthinking" to refuse to allow people to exempt themselves from criminal responsibility for harm done by their bodies by incapacitating their minds from controlling them. Why should the requirement that intention or recklessness must be proved in order to establish liability for an assault not be subject to what appears to be the wholly reasonable retributive principle that it is unjust to those who remain sober to allow those who become drunk to allege that they were unaware of consequences of their bodily movements of which all sober people would have been aware? This is what Blackstone meant when he said that the law would not suffer any man "to privilege one crime by another."

Punishment is an evil and the less of it the better. But the evil of inflicting punishment is justified if the harm which is thus avoided is greater than that caused by the punishment. It may be asceticism to blame people for simply getting drunk, but it is sound utilitarianism to seek to prevent people from doing certain kinds of harm while they are drunk. In so far as this object can be achieved by punishment, it is achieved most economically by singling out for punishment those who commit the kind of harm which the law seeks to prevent while they are drunk.

A. J. Ashworth in "Reason, Logic and Criminal Liability" (1975), 91 *L.Q.R.* 102 says, at p. 130:

Moreover, it is hardly appropriate to regard a defence of acute intoxication as a simple denial of *mens rea*; it has been suggested that defences should not be classified solely according to the effect of the accused's condition, without reference to their cause. The criminal law permits reason to override the logical application of the traditional doctrines in cases of deliberately self-induced incapacities; to do otherwise would be tantamount to allowing a fraud on the law. It is submitted that, if the law provides no other means of imposing criminal liability

de doctrine, la règle de droit existante n'est pas dénuée de tout fondement logique. La doctrine d'ailleurs n'a pas été unanime à la critiquer. L'apologie de la règle pour des raisons utilitaires ou de politique générale a été faite peu après l'arrêt *Majewski* par sir Rupert Cross dans «Blackstone v. Bentham» (1976), 92 *L.Q.R.* 516, où il dit, aux pp. 525 et 526:

[TRADUCTION] En réponse à Bentham et aux auteurs, je leur demanderais en quoi on se montre «dur et irréflecti» si l'on refuse de permettre aux gens de se dégager de toute responsabilité criminelle pour le préjudice qu'ils causent du fait d'avoir mis leur esprit dans un état où il ne pouvait dominer leur corps. Pourquoi l'exigence que l'intention ou l'insouciance soient prouvées pour établir la responsabilité d'une voie de fait ne devrait-elle pas être soumise au principe distributif tout à fait raisonnable selon lequel c'est une injustice envers ceux qui ne s'enivrent pas de permettre à ceux qui le font d'alléguer qu'ils étaient inconscients des conséquences de leurs mouvements, alors que toute personne qui n'a pas bu s'en serait rendue compte? C'est ce qu'a entendu Blackstone quand il a dit que le droit ne souffre pas qu'un homme «privilégie un crime par la perpétration d'un autre».

La sanction est un mal qu'on souhaiterait voir le moins répandu possible. Toutefois, ce mal qui consiste à infliger des sanctions se justifie lorsque le préjudice ainsi évité est plus grand que le mal résultant de la sanction. Il se peut qu'on fasse preuve de rigorisme en blâmant les gens du simple fait de s'être enivrés, mais c'est un sain utilitarisme que de chercher à les empêcher de causer certains types de préjudice lorsqu'ils sont en état d'ébriété. Dans la mesure où cet objectif peut être atteint au moyen d'une sanction, la façon la plus rationnelle d'y arriver est de punir ceux qui, lorsqu'ils sont en état d'ébriété, causent le genre de préjudice que le droit vise à prévenir.

A. J. Ashworth, dans «Reason, Logic and Criminal Liability» (1975), 91 *L.Q.R.* 102, dit, à la p. 130:

[TRADUCTION] D'autre part, il ne convient guère de considérer la défense d'extrême intoxication comme une simple négation de la *mens rea*. On a dit que les moyens de défense ne devraient pas être classifiés uniquement en fonction des conséquences de l'état de l'accusé, sans tenir compte de leur cause. Le droit criminel permet que la raison prenne le pas sur l'application logique des principes traditionnels dans le cas d'incapacités provoquées délibérément. S'il en était autrement, cela équivaldrait à autoriser de frustrer le droit. On soutient que,

ty in the cases of "voluntarily-induced" incapacities discussed in this article, then there are sufficient reasons for restricting the scope of the defences as the English judges have done.

Further, Mark T. Thornton in "Making Sense of *Majewski*" (1981), 23 *Crim. L.Q.* 465, justifies the distinction made between specific and general intent offences in this way, at pp. 482-83:

I believe that the foregoing discussion shows that there are "legally adequate criteria" for distinguishing crimes of specific intent from other crimes. As regards consequences, the agent must actually intend (and not merely be reckless in regard to) some consequences which amounts to an *actus reus*. As regards circumstances, the agent must intend his action to take place in those circumstances, or he must intend to disregard those circumstances, or he must have some further intention in respect of those circumstances, depending on the nature of the particular offence. Simple recklessness (excluding the possible complexity of "malice aforethought") does not suffice for specific intent. Where such actual intentions as we have mentioned are required for a crime to have been committed, voluntary intoxication is a defence by the *Majewski* rule.

and, as well, Eric Colvin ("A Theory of the Intoxication Defence" (1981), 59 *Can. Bar Rev.* 750) argues against the illogicality of the present rules, as follows (at p. 779):

If the only choice is between liability or immunity where a requisite mental element is absent due to culpable intoxication, there must at least be some sympathy for the approach which the courts have taken. Even the most stringent critics of the intoxication rules have been wary of suggesting that no penal consequences should follow. Their preference has generally been the creation of a special offence of dangerous intoxication which would require legislative initiative. Would it be proper for the courts to encourage the legislatures to action by abandoning the present intoxication rules and insisting upon the contemporaneity of the culpable state of mind and the prohibited conduct? At stake here are theories of the judicial role which lie beyond the scope of this article. It is, however, concluded that one good reason

si le droit ne prévoit pas d'autre moyen d'imposer la responsabilité criminelle dans le cas des incapacités «provoquées volontairement» dont traite le présent article, alors il existe des motifs suffisants de limiter la portée des défenses, comme l'ont fait les juges anglais.

De plus, Mark T. Thornton, dans «Making Sense of *Majewski*» (1981), 23 *Crim. L.Q.* 465, justifie de la manière suivante la distinction faite entre les infractions d'intention spécifique et les infractions d'intention générale, aux pp. 482 et 483:

[TRADUCTION] Je crois que l'analyse qui précède démontre l'existence de «critères juridiquement adéquats» pour distinguer les crimes d'intention spécifique des autres crimes. Pour ce qui est des conséquences, l'auteur doit réellement vouloir (et non pas simplement faire preuve d'insouciance concernant) certaines conséquences, ce qui constitue un *actus reus*. Quant aux circonstances, l'auteur doit, selon la nature de l'infraction dont il s'agit, soit vouloir que son acte ait lieu dans ces circonstances-là, soit avoir l'intention de ne pas tenir compte des circonstances, soit avoir quelque autre intention reliée à celles-ci. La simple insouciance (si l'on fait abstraction des complications que peut apporter la «préméditation») ne suffit pas pour qu'il y ait une intention spécifique. Lorsque des intentions réelles comme celles qui viennent d'être mentionnées sont nécessaires pour qu'un crime ait été perpétré, l'intoxication volontaire constitue un moyen de défense d'après la règle établie dans l'arrêt *Majewski*.

Eric Colvin («A Theory of the Intoxication Defence» (1981), 59 *R. du B. can.* 750) élève sa voix contre l'illogisme des règles actuelles. Il dit, à la p. 779:

[TRADUCTION] S'il n'y a qu'un choix entre la responsabilité et l'immunité lorsque, par suite d'intoxication coupable, il manque un élément moral requis, on doit à tout le moins voir d'un œil plutôt favorable l'approche qu'ont adoptée les tribunaux. Même les critiques les plus sévères des règles en matière d'intoxication se sont montrés réticents à affirmer qu'il ne devrait pas y avoir de conséquences pénales. D'une manière générale, ils ont préféré la création d'une infraction spéciale d'intoxication dangereuse, ce qui nécessiterait une initiative du législateur. Dans cette optique, siérait-il que les tribunaux encouragent les législateurs à passer à l'action en abandonnant les règles actuelles relatives à l'intoxication et en exigeant la concomitance de l'état d'esprit coupable et de la conduite prohibée? Ceci met en cause des théories du rôle des tribunaux qui dépassent le cadre du présent article. On peut cependant conclure qu'une

for judicial activism—the irrationality of present law—does not apply to the intoxication defence.

In my view, the common law rules on the defence of drunkenness, though frequently the subject of criticism, have a rationality which not only accords with criminal law theory, but has also served society well. It is not questioned in this case that the defence of drunkenness, as it applies to specific intent offences, is supportable. It is submitted, however, that it should be extended to include all criminal charges. It is my view that this proposition is not sustainable.

Turning now to the issues raised, the first one is to consider whether the offence of sexual assault causing bodily harm is an offence requiring a general or specific intent. In *Swietlinski v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 956, this Court held that indecent assault, then an offence under the *Criminal Code*, was an offence of general intent. The indecent character of the assault was to be judged upon an objective view of the facts and not upon the mental state of the accused. It was said, at p. 968:

What acts are indecent and what circumstances will have that character are questions of fact that will have to be decided in each case, but the determination of those questions will depend upon an objective view of the facts and circumstances in relation to the actual assault, and not upon the mental state of the accused.

and later at pp. 970-71:

Because indecent assault is an offence of general or basic intent, the defence of drunkenness cannot apply where a person is charged with that offence.

This Court dealt with the question of sexual assault *simpliciter* under s. 246.1(1)(a) in *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293, where the offence was defined in these terms, at p. 302:

Applying these principles and the authorities cited, I would make the following observations. Sexual assault is an assault within any one of the definitions of that concept in s. 244(1) of the *Criminal Code* which is

bonne raison militant en faveur de l'activisme judiciaire, savoir l'irrationalité de la règle de droit actuelle, ne s'applique pas au moyen de défense d'intoxication.

À mon avis, les règles de *common law* concernant la défense d'ivresse, quoique souvent critiquées, possèdent une rationalité qui non seulement concorde avec la théorie du droit criminel, mais qui s'est révélée fort utile pour la société. Qu'il soit permis de se prévaloir de la défense d'ivresse dans le cas d'infractions d'intention spécifique n'est pas contesté en l'espèce. On prétend cependant qu'elle devrait s'appliquer à toutes les infractions criminelles. À mon avis, cette proposition est injustifiable.

Passons maintenant aux questions soulevées en l'espèce. Il s'agit d'abord d'examiner si l'agression sexuelle entraînant des lésions corporelles est une infraction qui nécessite une intention générale ou bien une intention spécifique. Dans l'arrêt *Swietlinski c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 956, cette Cour a statué que l'attentat à la pudeur, alors une infraction prévue au *Code criminel*, était une infraction d'intention générale. Le caractère indécent de l'attentat devait être apprécié selon une interprétation objective des faits et non pas en fonction de l'état mental de l'accusé. À la page 968, on dit:

Quels actes sont indécents et quelles circonstances présentent cette caractéristique sont des questions de fait qu'il faut décider dans chaque cas, mais leur détermination repose sur une appréciation objective des faits et des circonstances par rapport à l'attentat lui-même et non sur l'état mental du prévenu.

Aux pages 970 et 971, on ajoute:

Parce que l'attentat à la pudeur est une infraction d'intention générale ou fondamentale, la défense d'ivresse n'est pas recevable lorsqu'un prévenu en est accusé.

Cette Cour a traité de la question de l'infraction d'agression sexuelle simple prévue à l'al. 246.1(1)a) dans l'arrêt *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293, où l'infraction est ainsi définie à la p. 302:

Appliquant ces principes et la jurisprudence citée, je fais les observations suivantes. L'agression sexuelle est une agression, au sens de l'une ou l'autre des définitions de ce concept au par. 244(1) du *Code criminel*, qui est

committed in circumstances of a sexual nature, such that the sexual integrity of the victim is violated. The test to be applied in determining whether the impugned conduct has the requisite sexual nature is an objective one: "Viewed in the light of all the circumstances, is the sexual or carnal context of the assault visible to a reasonable observer". . . .

and later, on the issue of intent, the following was said:

The intent or purpose of the person committing the act, to the extent that this may appear from the evidence, may also be a factor in considering whether the conduct is sexual. If the motive of the accused is sexual gratification, to the extent that this may appear from the evidence, it may be a factor in determining whether the conduct is sexual. It must be emphasized, however, that the existence of such a motive is simply one of many factors to be considered, the importance of which will vary depending on the circumstances.

It was further said, at pp. 302-3:

Implicit in this view of sexual assault is the notion that the offence is one requiring a general intent only. This is consistent with the approach adopted by this Court in cases such as *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29, and *Swietlinski v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 956, where it was held that rape and indecent assault were offences of general intent. I am unable to see any reason why the same approach should not be taken with respect to sexual assault. The factors which could motivate sexual assault are said to be many and varied (see C. Boyle, *Sexual Assault* (1984), at p. 74). To put upon the Crown the burden of proving a specific intent would go a long way toward defeating the obvious purpose of the enactment. Moreover, there are strong reasons in social policy which would support this view. To import an added element of specific intent in such offences, would be to hamper unreasonably the enforcement process. It would open the question of the defence of drunkenness, one which has always been related to the capacity to form a specific intent and which has generally been excluded by law and policy from offences requiring only the minimal intent to apply force (see *R. v. Bernard* (1985), 18 C.C.C. (3d) 574 (Ont. C.A., per Dubin J.A.)) For these reasons, I would say that the offence will be one of general rather than specific intent.

commise dans des circonstances de nature sexuelle, de manière à porter atteinte à l'intégrité sexuelle de la victime. Le critère qui doit être appliqué pour déterminer si la conduite reprochée comporte la nature sexuelle requise est objectif: «Compte tenu de toutes les circonstances, une personne raisonnable peut-elle percevoir le contexte sexuel ou charnel de l'agression?» . . .

Plus loin, on dit concernant l'intention:

L'intention ou le dessein de la personne qui commet l'acte, dans la mesure où cela peut ressortir des éléments de preuve, peut également être un facteur à considérer pour déterminer si la conduite est sexuelle. Si le mobile de l'accusé était de tirer un plaisir sexuel, dans la mesure où cela peut ressortir de la preuve, il peut s'agir d'un facteur à considérer pour déterminer si la conduite est sexuelle. Toutefois, il faut souligner que l'existence d'un tel mobile constitue simplement un des nombreux facteurs dont on doit tenir compte et dont l'importance variera selon les circonstances.

On affirme en outre, aux pp. 302 et 303:

La notion que l'infraction n'exige qu'une intention générale se dégage implicitement de cette conception de l'agression sexuelle. Cela est conforme au point de vue que cette Cour a adopté dans les arrêts *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29, et *Swietlinski c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 956, où on a jugé que le viol et l'attentat à la pudeur étaient des infractions exigeant une intention générale. Il m'est impossible de voir pourquoi on ne pourrait adopter le même point de vue en matière d'agression sexuelle. On dit que les facteurs qui pourraient motiver l'agression sexuelle sont nombreux et variés (voir C. Boyle, *Sexual Assault* (1984), à la p. 74). Imposer au ministère public le fardeau de démontrer une intention spécifique contribuerait largement à faire échouer l'objet évident de la disposition. En outre, il y a de solides motifs en matière de politique sociale qui appuieraient ce point de vue. Le processus d'application serait entravé de manière déraisonnable par l'ajout d'un élément d'intention spécifique dans ces infractions. Cela contribuerait à soulever la question de la défense d'ivresse qui a toujours été reliée à la capacité de former une intention spécifique et qui a généralement été exclue par le droit et les principes des infractions n'exigeant qu'une intention minimale de faire usage de la force (voir *R. v. Bernard* (1985), 18 C.C.C. (3d) 574 (C.A. Ont., le juge Dubin)). Pour ces motifs, je suis d'avis de dire que l'infraction exige une intention générale plutôt que spécifique.

The elements of the new offence under s. 246.2(c) with which the accused was charged are assault, as defined in s. 244 of the *Criminal Code*, which objectively viewed must be of a sexual nature, as a consequence of which the complainant has suffered bodily injury as defined in s. 245.1(2) of the *Code*, which provides:

245.1 ...

(2) For the purposes of this section and sections 245.3 and 246.2, "bodily harm" means any hurt or injury to the complainant that interferes with his or her health or comfort and that is more than merely transient or trifling in nature.

It would therefore be my view that the mental element of the offence in s. 246.2(c) is only the intention to commit the assault. The surrounding circumstances must be considered for evidence of its sexual nature and of the resulting bodily harm. The Crown need not show any further mental element (see J. D. Watt, *The New Offences Against the Person* (1984), at p. 113).

In my view, the comments in *Chase, supra*, are equally applicable to an offence under s. 246.2(c) which merely adds to the sexual assault *simpliciter* the requirement of bodily harm to the complainant. The resulting interference with the physical integrity of the complainant aggravates the seriousness of a sexual assault but the mental element remains the same. I would conclude that s. 246.2(c) creates an offence of general rather than specific intent.

The second issue, whether the defence of drunkenness applies to an offence of general intent includes the question of whether the Court should overrule its earlier decision in *Leary*. The attack on *Leary* was based on its rejection of the defence for crimes of general intent. As already mentioned, nobody has suggested that it should not apply in cases of specific intent. The Chief Justice has expressed the view that evidence of self-induced intoxication should be a relevant consideration in determining whether the *mens rea* of any particular offence has been proved by the Crown. As I

Les éléments de la nouvelle infraction prévue à l'al. 246.2c), dont l'accusé a été inculpé en l'espèce, sont les suivants: il doit y avoir des voies de fait au sens de l'art. 244 du *Code criminel*, lesquelles, considérées objectivement, doivent revêtir un caractère sexuel et, par suite de ces voies de fait, le plaignant doit avoir subi des lésions corporelles selon la définition que donne à cette expression le par. 245.1(2) du *Code*, qui dispose:

245.1 ...

(2) Pour l'application du présent article et des articles 245.3 et 246.2, «lésions corporelles» désigne une blessure qui nuit à la santé ou au bien-être du plaignant et qui n'est pas de nature passagère ou sans importance.

J'estime en conséquence que le seul élément moral requis pour l'infraction prévue à l'al. 246.2c) est l'intention de commettre l'agression. Les circonstances dans lesquelles elle a eu lieu doivent être examinées pour dégager la preuve du caractère sexuel de l'agression et des lésions corporelles qu'elle a causées. Le ministère public n'a à prouver l'existence d'aucun autre élément moral (voir J. D. Watt, *The New Offences Against the Person* (1984), à la p. 113).

À mon avis, les observations faites dans l'arrêt *Chase*, précité, s'appliquent tout autant à une infraction à l'al. 246.2c), car celui-ci ne fait qu'ajouter à l'agression sexuelle simple l'exigence que le plaignant ait subi des lésions corporelles. L'atteinte à l'intégrité physique du plaignant qui en est la conséquence aggrave l'agression sexuelle, mais l'élément moral demeure le même. Je conclus donc que l'al. 246.2c) crée une infraction d'intention générale plutôt que spécifique.

La seconde question, celle de savoir si la défense d'ivresse s'applique à une infraction d'intention générale, englobe la question de savoir si la Cour devrait renverser son propre arrêt rendu dans l'affaire *Leary*. Ce qu'on reproche à l'arrêt *Leary* est son rejet de ce moyen de défense pour les crimes d'intention générale. Comme je l'ai déjà dit, personne ne prétend qu'il ne devrait pas s'appliquer lorsqu'il y a une intention spécifique. Le Juge en chef s'est dit d'avis que la preuve d'intoxication volontaire doit être un élément pertinent à retenir pour déterminer si le ministère public a établi la

have indicated, I am unable to agree with this conclusion. The effect of such a conclusion would be that the more drunk a person becomes by his own voluntary consumption of alcohol or drugs, the more extended will be his opportunity for a successful defence against conviction for the offences caused by such drinking, regardless of the nature of the intent required for those offences.

The appellant made two principal arguments in seeking the reversal of the *Leary* rule. He contended that it relieves the Crown from the burden of proving *mens rea* in cases of general intent and, in effect, imposes strict liability upon proof of the *actus reus*. He also contended that the *Leary* rule violates ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

In my opinion, both of these submissions must be rejected. I would say at the outset that in crimes of general intent the Crown is not relieved from proving any element of the offence. The effect of excluding the drunkenness defence from such offences is merely to prevent the accused from relying on his self-imposed drunkenness as a factor showing an absence of any necessary intent. While this Court has consistently recognized the basic proposition that an accused person should not be subject to criminal sanction unless the Crown shows the existence of a blameworthy or criminal mental state associated with the *actus reus* of the crime, it does not follow that a person who so deprives himself by the voluntary consumption of alcohol or a drug of the normal power of self-restraint that a crime results, should be entitled to an acquittal. Compelling reasons grounded in logic, common sense, and sound social policy dictate otherwise.

As I indicated earlier, it is not necessary to review all of the authorities which have dealt with this issue. It is clear from a review of the cases, however, that until the early years of the nineteenth century drunkenness was considered "rath-

mens rea d'une infraction donnée. Je le répète, je ne puis souscrire à cette conclusion, car il en découlerait que plus une personne s'enivre par la consommation volontaire d'alcool ou de stupéfiants, plus elle sera en mesure d'invoquer avec succès un moyen de défense qui lui permettra d'échapper à une déclaration de culpabilité pour les infractions résultant de cette consommation, indépendamment de la nature de l'intention requise pour ces infractions.

L'appelant a avancé deux arguments principaux en demandant que la règle énoncée dans l'arrêt *Leary* soit écartée. Cette règle, a-t-il soutenu, dégage le ministère public de l'obligation de prouver la *mens rea* dans le cas des infractions d'intention générale et elle a pour effet d'imposer une responsabilité stricte du moment que l'*actus reus* est prouvé. Il a fait valoir en outre que la règle énoncée dans l'arrêt *Leary* enfreint l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Selon moi, ces arguments doivent tous les deux être rejetés. Je précise dès le départ que, dans le cas de crimes d'intention générale, le ministère public n'est dispensé de faire la preuve d'aucun élément de l'infraction. L'exclusion de la défense d'ivresse pour ces infractions n'a pas d'autre effet que d'empêcher l'accusé d'invoquer l'ivresse qu'il s'est infligée à lui-même comme facteur démontrant l'absence de l'intention requise. Bien que cette Cour ait toujours admis le principe fondamental selon lequel un accusé ne devrait être exposé à une sanction pénale que si le ministère public établit l'existence d'un état mental coupable ou criminel qui accompagne l'*actus reus* du crime, il ne s'ensuit pas qu'une personne qui, par la consommation volontaire d'alcool ou d'un stupéfiant, se prive à ce point du pouvoir normal de se dominer qu'un crime en résulte, devrait avoir droit à l'acquittement. Des raisons impérieuses fondées sur la logique, le bon sens et une saine politique sociale commandent qu'il en soit autrement.

Ainsi que je l'ai déjà signalé, point n'est besoin de passer en revue toutes les décisions traitant de cette question. Il est toutefois évident à l'examen de la jurisprudence que, jusqu'au début du dix-neuvième siècle, l'ivresse était considérée

er an aggravation than a defence”: see Lord Birkenhead in *Director of Public Prosecutions v. Beard*, *supra*, at p. 494. The early principle of the common law was that a voluntary destruction of will power would entitle a person to no more favourable treatment with regard to criminal conduct than a sober person. By the latter part of the nineteenth century this earlier rule was “mercifully relaxed” (see Lawton L.J. in *Director of Public Prosecutions v. Majewski*, [1975] 3 All E.R. 296 (C.A.), at p. 305) in respect of crimes of specific intent where the capacity to form the required specific intent was not present because of intoxication: see the early cases such as *R. v. Doherty* (1887), 16 Cox. C.C. 306, *per* Stephen J., at p. 308. This new approach was given approval in *Beard*’s case and the more modern authorities have been based upon it. This relaxation stems no doubt from a recognition of the severity of the penal consequence of most of the specific intent offences, as compared with the generally lesser penalties associated with the general intent offences. Therefore, the exclusion of the defence from general intent offences was not an exception to the general rule. The exception was the allowance of the defence in specific intent cases adopted to recognize the more complicated mental processes required for the crimes of special intent and the greater penalties involved. Some measure of relief for such cases was therefore provided. Otherwise, the common law preserved the general rule that a person may not by voluntary intoxication render himself immune from the consequences of his conduct.

In *R. v. George*, this Court considered the question of the relevance of drunkenness in a case of common assault. The accused had been acquitted of a charge of robbery with violence on the ground that, because of drunkenness, he was incapable of forming the specific intent to commit robbery. The trial judge did not consider the question of common assault. After stating that no specific

[TRADUCTION] «plutôt comme une circonstance aggravante que comme un moyen de défense»: voir lord Birkenhead dans l’arrêt *Director of Public Prosecutions v. Beard*, précité, à la p. 494. Suivant le principe initialement appliqué en *common law*, une personne qui de son propre gré se privait de toute volonté n’avait pas droit, dans le cas d’une conduite criminelle, à un traitement plus favorable que celui réservé à une personne qui n’avait pas bu. Dès la fin du dix-neuvième siècle, cette règle avait été, [TRADUCTION] «fort heureusement, assouplie» (voir le lord juge Lawton dans l’arrêt *Director of Public Prosecutions v. Majewski*, [1975] 3 All E.R. 296 (C.A.), à la p. 305) à l’égard des crimes d’intention spécifique lorsque la capacité de former l’intention spécifique requise était absente pour cause d’intoxication: voir les décisions anciennes telles *R. v. Doherty* (1887), 16 Cox C.C. 306, le juge Stephen, à la p. 308. Cette nouvelle approche a été approuvée dans l’arrêt *Beard* et les décisions plus modernes sont fondées sur elle. L’assouplissement procède sans doute d’une reconnaissance de la sévérité des conséquences pénales de la plupart des infractions d’intention spécifique par opposition aux peines généralement moins sévères qu’entraînent les infractions d’intention générale. Il s’ensuit donc que l’exclusion de la défense d’ivresse dans le cas des infractions d’intention générale ne constituait pas une exception à la règle générale. L’exception consistait en réalité à admettre ce moyen de défense pour les infractions d’intention spécifique, ce qui a été fait pour tenir compte de la plus grande complexité de la démarche mentale nécessaire pour les crimes d’intention spécifique et des peines plus sévères qu’ils entraînent. C’est pourquoi une certaine atténuation a été prévue pour ces cas. Du reste, la *common law* a conservé la règle générale suivant laquelle on ne saurait, en s’enivrant volontairement, échapper aux conséquences de sa conduite.

Dans l’arrêt *R. v. George*, cette Cour s’est penchée sur la question de la pertinence de l’ivresse dans un cas de voies de fait simples. L’accusé avait été acquitté relativement à une inculpation de vol qualifié avec violence, parce que l’ivresse l’avait rendu incapable de former l’intention spécifique de commettre le vol qualifié. Le juge du procès n’a pas examiné la question des voies de fait simples.

intent is necessary to constitute the offence of common assault, Fauteux J. (with whom Taschereau J. concurred) said, at p. 878:

There can be no pretence, in this case, that the manner in which force was applied by respondent to his victim was accidental—excluding at the moment, from the consideration, the defence of drunkenness—unintentional.

On this finding of fact, the accused was guilty of common assault unless there was evidence indicating a degree of drunkenness affording, under the law, a valid defence.

He went on to say at p. 879:

Hence, the question is whether, owing to drunkenness, respondent's condition was such that he was incapable of applying force intentionally. I do not know that, short of a degree of drunkenness creating a condition tantamount to insanity, such a situation could be metaphysically conceived in an assault of the kind here involved. It is certain that, on the facts found by the trial Judge, this situation did not exist in this case.

Ritchie J., with Martland J. concurring, saw the issue as the degree of drunkenness "necessary to negative" such intent, as is an ingredient of common assault, and he said, at p. 890:

In considering the question of *mens rea*, a distinction is to be drawn between "intention" as applied to acts done to achieve an immediate end on the one hand and acts done with the specific and ulterior motive and intention of furthering or achieving an illegal object on the other hand. Illegal acts of the former kind are done "intentionally" in the sense that they are not done by accident or through honest mistake, but acts of the latter kind are the product of preconception and are deliberate steps taken towards an illegal goal. The former acts may be the purely physical products of momentary passion, whereas the latter involve the mental process of formulating a specific intent. A man, far advanced in drink, may intentionally strike his fellow in the former sense at a time when his mind is so befogged with liquor as to be unable to formulate a specific intent in the latter sense. The offence of robbery, as defined by the *Criminal Code*, requires the presence of the kind of intent and purpose specified in ss. 269 and 288, but the use of the word "intentionally"

Ayant affirmé qu'aucune intention spécifique n'est nécessaire pour l'infraction de voies de fait simples, le juge Fauteux (à l'avis duquel le juge Taschereau s'est rangé) dit, à la p. 878:

^a [TRADUCTION] Il est impossible de soutenir en l'espèce que c'est accidentellement ou, abstraction faite pour l'instant de la défense d'ivresse, involontairement que l'intimé a eu recours à la force contre sa victime.

^b D'après cette conclusion de fait, l'accusé est coupable de voies de fait simples, à moins que la preuve n'indique un degré d'ivresse suffisant pour constituer en droit un moyen de défense valable.

^c Le juge Fauteux poursuit, à la p. 879:

[TRADUCTION] La question est donc de savoir si, pour cause d'ivresse, l'état de l'intimé a été tel qu'il était incapable d'avoir intentionnellement recours à la force.

^d Or, je ne crois pas qu'en l'absence d'un degré d'ivresse créant un état équivalant à l'aliénation, il soit métaphysiquement possible de concevoir une telle situation dans le cas de voies de fait comme celles présentement en cause. Il est certain que, compte tenu des conclusions de fait du juge du procès, cette situation ne s'est pas présentée en l'espèce.

Le juge Ritchie, à l'avis duquel le juge Martland a souscrit, a estimé que la question qui se posait était celle du degré d'ivresse [TRADUCTION] «nécessaire pour établir l'absence» de l'intention qui forme un élément de l'infraction de voies de fait simples. Il dit, à la p. 890:

[TRADUCTION] En étudiant la question de la *mens rea*, on doit faire une distinction entre «l'intention» dans le cas d'actes accomplis pour atteindre un but immédiat d'une part et dans le cas d'actes accomplis dans le dessein et avec l'intention spécifique d'atteindre ou de contribuer à atteindre un but illégal d'autre part. Les actes illégaux du premier type sont «intentionnels» en ce sens qu'on ne les fait pas par accident ou par simple erreur. Les actes qui relèvent de la seconde catégorie, toutefois, résultent de la préméditation et représentent des mesures prises délibérément en vue d'atteindre un but illégal. Ceux-là peuvent être les conséquences purement physiques d'une passion momentanée, tandis que ceux-ci comportent la démarche mentale qui consiste à former une intention spécifique. Un homme en état d'ivresse très avancé peut frapper un autre intentionnellement au premier sens à un moment où son esprit est à ce point obscurci par la boisson qu'il est incapable de former une intention spécifique au deuxième sens. L'infraction de vol qualifié, telle qu'elle est définie au *Code*

in defining "common assault" in s. 230(a) of the *Criminal Code* is exclusively referable to the physical act of applying force to the person of another.

and at p. 891:

The decision of the learned trial judge, in my opinion, constitutes a finding that the respondent violently man-handled a man and knew that he was hitting him. Under these circumstances, evidence that the accused was in a state of voluntary drunkenness cannot be treated as a defence to a charge of common assault because there is no suggestion that the drink which had been consumed had produced permanent or temporary insanity and the respondent's own statement indicates that he knew that he was applying force to the person of another.

It is evident that the majority in *R. v. George* considered that the mental element required for a conviction of common assault involved no more than the intentional—as opposed to the accidental—performance of the *actus reus* and that they concluded that self-induced intoxication, "falling short of a degree of drunkenness creating a condition tantamount to insanity," would afford no defence to a charge of common assault, an offence of general intention.

In *Leary*, this Court followed the approach taken in the House of Lords in *Majewski*, where the House of Lords unanimously approved the distinction between general and specific intent on the basis that the rule had evolved to protect the community and that voluntary intoxication was a sufficient substitute for the fault element in crimes of general intent. Lord Elwyn Jones L.C. (Diplock, Simon, Kilbrandon L.J. concurring) cited a speech by Lord Simon in *R. v. Morgan*, [1976] A.C. 182, at pp. 216-17, where he defined assault as a crime of basic intent and concluded, at pp. 474-75, with the following comment:

If a man of his own volition takes a substance which causes him to cast off the restraints of reason and conscience, no wrong is done to him by holding him

criminel, nécessite le genre d'intention et de dessein spécifiés aux art. 269 et 288, mais l'emploi du mot «intentionnelle» dans la définition des «voies de fait simples» à l'al. 230a) du *Code criminel* se rapporte uniquement à l'acte physique d'avoir recours à la force contre une autre personne.

À la page 891, il fait les observations suivantes:

[TRADUCTION] La décision du savant juge du procès constitue, selon moi, une conclusion que l'intimé a violemment agressé un homme et savait qu'il le frappait. Dans ces circonstances, une preuve établissant que l'accusé se trouvait en état d'ivresse volontaire ne saurait être considérée comme une défense opposable à une accusation de voies de fait simples parce que rien n'indique que l'alcool qu'il avait consommé avait provoqué une aliénation permanente ou temporaire et qu'il ressort de la déclaration faite par l'intimé lui-même qu'il savait qu'il employait la force contre une autre personne.

Il est évident que les juges formant la majorité dans l'affaire *R. v. George* ont estimé que l'élément moral requis pour qu'il y ait une déclaration de culpabilité de voies de fait simples n'était rien d'autre que l'accomplissement intentionnel, par opposition à accidentel, de l'*actus reus* et qu'ils ont conclu que l'intoxication volontaire, [TRADUCTION] «lorsqu'il ne s'agit pas d'un degré d'ivresse créant un état équivalant à l'aliénation», ne pourrait pas être invoquée comme défense dans le cas d'une accusation de voies de fait simples, une infraction d'intention générale.

Dans l'arrêt *Leary*, cette Cour a suivi l'analyse adoptée dans l'arrêt *Majewski*, où la Chambre des lords a approuvé à l'unanimité la distinction faite entre l'intention générale et l'intention spécifique, étant donné que la règle avait évolué de manière à protéger la société et que l'intoxication volontaire suffisait à titre de substitut pour l'élément de faute dans les crimes d'intention générale. Le lord chancelier Elwyn Jones (les lords juges Diplock, Simon et Kilbrandon souscrivant à son avis) a cité l'opinion exprimée par lord Simon dans l'affaire *R. v. Morgan*, [1976] A.C. 182, aux pp. 216 et 217, où il définit les voies de fait comme un crime d'intention fondamentale. Lord Elwyn Jones conclut en disant, aux pp. 474 et 475:

[TRADUCTION] Si un homme prend de son gré une substance qui lui fait rejeter les contraintes de la raison et de la conscience, on ne lui fait aucun tort en lui

answerable criminally for any injury he may do while in that condition. His course of conduct in reducing himself by drugs and drink to that condition in my view supplies the evidence of mens rea, of guilty mind certainly sufficient for crimes of basic intent. It is a reckless course of conduct and recklessness is enough to constitute the necessary mens rea in assault cases: see *Reg. v. Venna*, [1976] Q.B. 421, per James L.J. at p. 429. The drunkenness is itself an intrinsic, an integral part of the crime, the other part being the evidence of the unlawful use of force against the victim. Together they add up to criminal recklessness. On this I adopt the conclusion of Stroud in 1920, 36 L.Q.R. 273 that:

“... it would be contrary to all principle and authority to suppose that drunkenness” (and what is true of drunkenness is equally true of intoxication by drugs) “can be a defence for crime in general on the ground that ‘a person cannot be convicted of a crime unless the mens was rea.’ By allowing himself to get drunk, and thereby putting himself in such a condition as to be no longer amenable to the law’s commands, a man shows such regardlessness as amounts to mens rea for the purpose of all ordinary crimes.”

He continued in reference to the American view, at p. 475:

This approach is in line with the American Model Penal Code (S. 2.08 (2)):

“When recklessness establishes an element of the offence, if the actor, due to self-induced intoxication, is unaware of a risk of which he would have been aware had he been sober, such unawareness is immaterial.”

and then added:

Acceptance generally of intoxication as a defence (as distinct from the exceptional cases where some additional mental element above that of ordinary mens rea has to be proved) would in my view undermine the criminal law and I do not think that it is enough to say, as did Mr. Tucker, that we can rely on the good sense of the jury or of magistrates to ensure that the guilty are convicted. It may well be that Parliament will at some future time consider, as I think it should, the recommendation in the Butler Committee Report on Mentally Abnormal Offenders (Cmnd. 6244, 1975) that a new offence of “dangerous intoxication” should be created. But in the meantime it would be irresponsible to aban-

imposant la responsabilité criminelle pour tout préjudice qu’il peut occasionner lorsqu’il est dans cet état. Le fait qu’il s’est mis dans cet état par la consommation de stupéfiants et de la boisson constituée, à mon avis, la preuve d’une *mens rea*, de l’intention coupable qui est certainement suffisante pour les crimes d’intention fondamentale. Il s’agit d’une conduite qui témoigne d’insouciance et l’insouciance suffit pour constituer la *mens rea* requise pour des voies de fait: voir *Reg. v. Venna* [1976] Q.B. 421, le lord juge James, à la p. 429. L’ivresse représente en soi un élément intrinsèque du crime et en fait partie intégrante; l’autre élément est la preuve du recours illégal à la force contre la victime. Pris ensemble, ces éléments constituent de l’insouciance criminelle. Sur ce point j’adopte la conclusion qu’a tirée Stroud à 1920, 36 L.Q.R. 273:

«... il serait contraire aux principes et à la jurisprudence de supposer que l’ivresse» (et ce qui s’applique à l’ivresse provoquée par l’alcool vaut également pour l’intoxication causée par des stupéfiants) «peut servir de défense pour les crimes en général parce que nul ne peut être reconnu coupable d’un crime s’il n’y a pas eu de *mens rea*». En se permettant de s’enivrer et en se mettant ainsi dans un état où on ne tient plus compte des prescriptions de la loi, on fait preuve d’une insouciance qui équivaut à la *mens rea* requise pour tous les crimes ordinaires.»

À la page 475, il poursuit en parlant du point de vue retenu aux États-Unis:

[TRADUCTION] Cette position concorde avec le Model Penal Code des États-Unis (par. 2.08(2)):

«Lorsque l’insouciance établit un élément de l’infraction, si l’auteur de l’acte, en raison de son intoxication volontaire, est inconscient d’un risque dont il aurait été conscient n’eût été son intoxication, cette inconscience ne doit pas être prise en considération.»

Lord Elwyn Jones ajoute:

[TRADUCTION] Si, d’une manière générale (par opposition aux cas exceptionnels où doit être prouvé un élément moral en plus de la *mens rea* ordinaire), l’intoxication était acceptée comme moyen de défense, cela minerait, à mon avis, le droit criminel et je ne crois pas qu’on puisse se contenter d’affirmer, comme l’a fait M^e Tucker, que nous pouvons nous en remettre au bon sens des jurés ou des magistrats pour assurer que les coupables seront condamnés. Il se peut bien qu’un jour le législateur examine, comme à mon avis il le devrait, la recommandation concernant la création d’une infraction d’«intoxication dangereuse», que formule le comité Butler dans son Report on Mentally Abnormal Offen-

don the common law rule, as “mercifully relaxed,” which the courts have followed for a century and a half.

Lord Simon, after noting that a person is not criminally responsible for unlawful conduct unless that conduct is accompanied by a wrongful state of mind—the *mens rea*—, said, at p. 478:

Mens rea is therefore on ultimate analysis the state of mind stigmatised as wrongful by the criminal law which, when compounded with the relevant prohibited conduct, constitutes a particular offence. There is no juristic reason why mental incapacity (short of *M’Naghten* insanity), brought about by self-induced intoxication, to realise what one is doing or its probable consequences should not be such a state of mind stigmatised as wrongful by the criminal law; and there is every practical reason why it should be.

And, at pp. 479-80, he said:

As I have ventured to suggest, there is nothing unreasonable or illogical in the law holding that a mind rendered self-inducedly insensible (short of *M’Naghten* insanity), through drink or drugs, to the nature of a prohibited act or to its probable consequences is as wrongful a mind as one which consciously contemplates the prohibited act and foresees its probable consequences (or is reckless as to whether they ensue). The latter is all that is required by way of mens rea in a crime of basic intent. But a crime of specific intent requires something more than contemplation of the prohibited act and foresight of its probable consequences. The mens rea in a crime of specific intent requires proof of a purposive element. This purposive element either exists or not; it cannot be supplied by saying that the impairment of mental powers by self-induced intoxication is its equivalent, for it is not. So that the 19th century development of the law as to the effect of self-induced intoxication on criminal responsibility is juristically entirely acceptable; and it need be a matter of no surprise that Stephen stated it without demur or question.

ders (Cmnd. 6244, 1975). Mais, entre-temps, je crois qu’il serait irresponsable d’abandonner la règle de *common law*, «fort heureusement, assouplie», que les tribunaux suivent depuis un siècle et demi.

^a Lord Simon, ayant fait remarquer qu’une personne n’est responsable en droit criminel pour une conduite illégale que si cette conduite est accompagnée d’un état d’esprit coupable, savoir la *mens rea*, dit, à la p. 478:

[TRADUCTION] La *mens rea* est donc en dernière analyse l’état d’esprit que le droit criminel considère comme répréhensible et qu’il stigmatise en conséquence. Cet état d’esprit, lorsqu’il vient s’ajouter à la conduite prohibée en question, constitue une infraction particulière. Il n’existe aucune raison juridique pour laquelle l’incapacité mentale (lorsqu’elle n’équivaut pas à l’aliénation au sens de l’arrêt *M’Naghten*), résultant de l’intoxication volontaire, de se rendre compte de ses actes ou de leurs conséquences probables ne devrait pas constituer précisément ce genre d’état d’esprit que le droit criminel considère comme répréhensible et qu’il stigmatise en conséquence; de fait, sur le plan pratique, il y a de très bonnes raisons de la ranger dans cette catégorie.

^e Aux pages 479 et 480, il dit:

[TRADUCTION] Je me suis déjà hasardé à affirmer qu’il n’y a rien de déraisonnable ni d’illogique à ce que le droit dise qu’un esprit rendu, par la consommation volontaire d’alcool ou de stupéfiants, inconscient (lorsque cette inconscience n’équivaut pas à l’aliénation au sens de l’arrêt *M’Naghten*) de la nature d’un acte prohibé ou de ses conséquences probables, est un esprit aussi coupable que celui qui envisage consciemment l’acte prohibé et en prévoit les conséquences probables (ou qui ne se soucie pas que ces conséquences en résultent). C’est là tout ce qui est requis comme *mens rea* dans le cas d’un crime d’intention fondamentale. Un crime d’intention spécifique, par contre, exige davantage que le fait d’avoir envisagé l’acte prohibé et d’avoir prévu ses conséquences probables. La *mens rea* dans le cas d’un crime d’intention spécifique exige la preuve d’un dessein. Cet élément existe ou n’existe pas; on ne saurait suppléer à son absence en disant que l’affaiblissement des facultés mentales provoqué par l’intoxication volontaire en est l’équivalent, car ce n’est pas le cas. Par conséquent, la règle de droit relative à l’effet de l’intoxication volontaire sur la responsabilité criminelle, telle que cette règle s’est développée au XIX^e siècle, est entièrement acceptable sur le plan juridique; il n’est donc pas surprenant du tout que Stephen l’ait énoncée sans aucune hésitation ni aucune réserve.

Lord Salmon and Lord Edmund-Davies admitted that the current state of the law could not be entirely justified in logic but rather must be founded in common sense and experience. Lord Salmon said, at pp. 483-84:

As I have already indicated, I accept that there is a degree of illogicality in the rule that intoxication may excuse or expunge one type of intention and not another. This illogicality is, however, acceptable to me because the benevolent part of the rule removes undue harshness without imperilling safety and the stricter part of the rule works without imperilling justice. It would be just as ridiculous to remove the benevolent part of the rule (which no one suggests) as it would be to adopt the alternative of removing the stricter part of the rule for the sake of preserving absolute logic. Absolute logic in human affairs is an uncertain guide and a very dangerous master. The law is primarily concerned with human affairs. I believe that the main object of our legal system is to preserve individual liberty. One important aspect of individual liberty is protection against physical violence.

If there were to be no penal sanction for any injury unlawfully inflicted under the complete mastery of drink or drugs, voluntarily taken, the social consequence could be appalling.

And Lord Edmund-Davies said, at p. 494:

Are the claims of logic, then, so compelling that a man behaving as the Crown witnesses testified the appellant did must be cleared of criminal responsibility? As to this, Lawton L.J. rightly said ante, p. 456B-C:

“Although there was much reforming zeal and activity in the 19th century, Parliament never once considered whether self-induced intoxication should be a defence *generally* to a criminal charge. It would have been a strange result if the merciful relaxation of a strict rule of law had ended, without any Parliamentary intervention, by whittling it away to such an extent that the more drunk a man became, provided he stopped short of making himself insane, the better chance he had of an acquittal.”

If such be the inescapable result of the strict application of logic in this branch of the law, it is indeed not surprising that illogicality has long reigned, and the

Lord Salmon et lord Edmund-Davies ont reconnu que la règle de droit actuellement en vigueur ne peut pas se justifier entièrement par la logique et qu'elle doit plutôt être fondée sur le bon sens et l'expérience. Lord Salmon dit, aux pp. 483 et 484:

[TRADUCTION] Comme je l'ai déjà indiqué, je conviens de l'existence d'un certain illogisme dans la règle selon laquelle l'intoxication peut excuser ou effacer un type d'intention, mais non un autre. J'accepte cependant cet illogisme, je l'accepte parce que la règle, dans son aspect indulgent, évite toute sévérité excessive sans pour autant nuire à la sécurité tandis que, dans son aspect rigoureux, elle s'applique de manière à ne pas nuire à la justice. Il serait tout aussi ridicule de supprimer l'aspect indulgent de la règle (ce que personne ne propose d'ailleurs) que d'adopter l'autre possibilité qui consiste à lui enlever son aspect rigoureux dans l'intérêt d'une logique absolue. Dans les affaires humaines, la logique absolue est un guide peu sûr et un maître très dangereux. Le droit s'occupe surtout d'affaires humaines. Je crois que la principale raison d'être de notre système de droit est de préserver la liberté individuelle. Or, la protection contre la violence physique représente un élément important de la liberté individuelle.

S'il n'y avait aucune sanction pénale pour des lésions illégalement infligées alors qu'on est complètement sous l'empire de la boisson ou de la drogue qu'on a prise volontairement, les conséquences sociales risqueraient d'être épouvantables.

Et, à la p. 494, lord Edmund-Davies tient ces propos:

[TRADUCTION] Peut-on pousser la logique jusqu'à dire qu'un homme qui s'est conduit comme les témoins à charge ont dit que l'appelant l'avait fait, doit être déchargé de toute responsabilité criminelle? À ce sujet, le lord juge Lawton déclarait à juste titre, ci-dessus à la p. 456B-C:

«Malgré le grand zèle réformateur du XIX^e siècle, le Parlement n'a jamais examiné la question de savoir si l'intoxication volontaire devait constituer un moyen de défense *général* à une accusation criminelle. Il serait pour le moins étrange que l'adoucissement d'une règle de droit rigoureuse la dénature à tel point, sans l'intervention du Parlement, qu'elle vienne à signifier que plus un homme s'enivre, sans aller jusqu'à l'aliénation mentale, plus il a de chances d'être acquitté.»

Si tel est le résultat inéluctable de l'application rigoureuse de la logique à cette branche du droit, il n'est pas

prospect of its dethronement must be regarded as alarming.

Lord Russell added these words, at p. 498:

... but logic in criminal law must not be allowed to run away with common sense, particularly when the preservation of the Queen's Peace is in question. The ordinary citizen who is badly beaten up would rightly think little of the criminal law as an effective protection if, because his attacker had deprived himself of ability to know what he was doing by getting himself drunk or going on a trip with drugs, the attacker is to be held innocent of any crime in the assault. *Mens rea* has many aspects. If asked to define it in such a case as the present I would say that the element of guilt or moral turpitude is supplied by the act of self-intoxication reckless of possible consequences.

From the judgments in *Majewski*, it may be concluded that the law in England on this question is that in offences of general intent the defence of drunkenness shall not apply; that the requirement of *mens rea* in such offences is met by proof of voluntary intoxication; and that any logical weakness in this position is justified on the basis of sound social policy.

This Court in *Leary* approved the *Majewski* approach which has long been accepted in the law of Canada and, for the reasons which I have set out, it is my opinion that this Court's judgment in *Leary* ought not to be overruled. I must re-emphasise that the *Leary* rule does not relieve the Crown from its obligation to prove the *mens rea* in a general intent offence. The fact that an accused may not rely on voluntary intoxication in such offences does not have that effect because of the nature of the offence and the mental elements which must be shown. The requisite state of mind may be proved in two ways. Firstly, there is the general proposition that triers of fact may infer *mens rea* from the *actus reus* itself: a person is presumed to have intended the natural and probable consequences of his actions. For example, in an offence involving the mere application of force, the minimal intent to apply that force will suffice

surprenant que l'illogisme règne depuis longtemps, et il serait dangereux de le détrôner.

À la page 498, lord Russell ajoute les observations suivantes:

[TRADUCTION] ... mais il ne faut pas permettre que la logique en droit criminel l'emporte sur le bon sens, surtout quand il est question du maintien de l'ordre public. Le citoyen ordinaire qui a été gravement brutalisé aurait, à juste titre d'ailleurs, une mauvaise opinion du droit criminel en tant que moyen de protection efficace si son agresseur, du fait de s'être enivré ou de s'être drogué au point de se mettre dans l'incapacité de se rendre compte de ses actes, était jugé innocent de tout crime relié à l'agression. La *mens rea* comporte de multiples aspects. Si on me demandait d'en donner une définition dans le présent contexte, je dirais que l'élément de culpabilité ou de turpitude morale existe du fait qu'on s'est enivré sans se soucier des conséquences possibles.

On peut déduire des opinions exprimées dans l'arrêt *Majewski* que la règle de droit anglaise dans ce domaine veut que la défense d'ivresse ne s'applique pas aux infractions d'intention générale; que, dans le cas de ces infractions, il suffit pour satisfaire à l'exigence de *mens rea* de produire une preuve d'intoxication volontaire; et que toute faiblesse que peut comporter ce point de vue sur le plan de la logique est justifiée par des raisons qui relèvent d'une saine politique sociale.

Dans l'arrêt *Leary*, cette Cour a approuvé la position énoncée dans l'arrêt *Majewski*, qui est acceptée depuis longtemps en droit canadien, et, pour les raisons déjà exposées, j'estime qu'il ne faut pas renverser l'arrêt *Leary*. Je tiens à souligner encore une fois que la règle énoncée dans l'arrêt *Leary* ne dégage pas le ministère public de son obligation de prouver la *mens rea* lorsqu'il s'agit d'une infraction d'intention générale. Le fait qu'un accusé ne peut invoquer l'intoxication volontaire dans le cas de ces infractions n'a pas cet effet vu la nature de l'infraction et les éléments moraux devant être démontrés. L'existence de l'état d'esprit requis peut se prouver de deux manières. Il y a d'abord la proposition générale selon laquelle les juges des faits peuvent déduire la *mens rea* de l'*actus reus* lui-même: une personne est présumée avoir voulu les conséquences naturelles et probables de ses actes. Par exemple, dans une infraction

to constitute the necessary *mens rea* and can be reasonably inferred from the act itself and the other evidence. Secondly, in cases where the accused was so intoxicated as to raise doubt as to the voluntary nature of his conduct, the Crown may meet its evidentiary obligation respecting the necessary blameworthy mental state of the accused by proving the fact of voluntary self-induced intoxication by drugs or alcohol. This was the approach suggested in *Majewski*. In most cases involving intoxication in general intent offences, the trier of fact will be able to apply the first proposition, namely, that the intent is inferable from the *actus reus* itself. As Fauteux J. observed in *R. v. George*, *supra*, at p. 879, it is almost metaphysically inconceivable for a person to be so drunk as to be incapable of forming the minimal intent to apply force. Hence, only in cases of the most extreme self-intoxication does the trier of fact need to use the second proposition, that is, that evidence of self-induced intoxication is evidence of the guilty mind, the blameworthy mental state.

The result of this two-fold approach is that for these crimes accused persons cannot hold up voluntary drunkenness as a defence. They cannot be heard to say: "I was so drunk that I did not know what I was doing". If they managed to get themselves so drunk that they did not know what they were doing, the reckless behaviour in attaining that level of intoxication affords the necessary evidence of the culpable mental condition. Hence, it is logically impossible for an accused person to throw up his voluntary drunkenness as a defence to a charge of general intent. Proof of his voluntary drunkenness can be proof of his guilty mind.

As I have endeavoured to show, the exclusion of the drunkenness defence in general intent cases is not without logical underpinnings but, whatever the logical weaknesses may be, an overwhelming

comportant le simple recours à la force, l'intention minimale d'exercer cette force suffira pour constituer la *mens rea* nécessaire et cette intention peut raisonnablement déduire de l'acte lui-même et des autres éléments de preuve. Deuxièmement, dans les cas où l'accusé était intoxiqué au point de faire naître des doutes quant au caractère volontaire de sa conduite, le ministère public peut s'acquitter de son obligation de prouver que l'accusé avait l'état mental coupable nécessaire en prouvant l'intoxication volontaire que l'accusé a provoquée lui-même par la consommation de stupéfiants ou d'alcool. C'est là la démarche proposée dans l'arrêt *Majewski*. Dans la plupart des cas d'intoxication lors de la perpétration d'infractions d'intention générale, le juge des faits pourra appliquer la première proposition, savoir que l'intention peut être déduite de l'*actus reus* lui-même. Comme le fait observer le juge Fauteux dans l'arrêt *R. v. George*, précité, à la p. 879, il est presque métaphysiquement inconcevable qu'une personne soit ivre au point d'être incapable de former l'intention minimale d'avoir recours à la force. Il s'ensuit que ce n'est que dans le cas de la plus extrême intoxication volontaire que le juge des faits doit recourir à la seconde proposition, c'est-à-dire celle suivant laquelle la preuve d'intoxication volontaire démontre l'existence d'un esprit coupable, d'un état mental condamnable.

Il résulte de ce processus à deux étapes que, pour ces crimes, un accusé ne saurait soulever l'ivresse volontaire comme moyen de défense. Il ne saurait alléguer: «J'étais tellement ivre que je ne savais pas ce que je faisais.» S'il a pu s'enivrer au point d'être inconscient de ses actes, l'insouciance dont il a témoigné en se mettant dans cet état constitue la preuve nécessaire pour établir l'état mental coupable. Par conséquent, il est, du point de vue de la logique, impossible qu'une personne accusée d'une infraction d'intention générale invoque son ivresse volontaire comme moyen de défense. La preuve de son ivresse volontaire peut constituer une preuve de son esprit coupable.

Comme j'ai essayé de le démontrer, l'exclusion de la défense d'ivresse dans le cas des infractions d'intention générale n'est pas dénuée de tout fondement logique, mais, quelles que puissent être ses

justification for the exclusion may rest on policy, policy so compelling that it possesses its own logic. Intoxication, whether by alcohol or drugs, lies at the root of many if not most violent assaults: intoxication is clearly a major cause of violent crime. What then is preferable, a recognition of this fact and the adoption of a policy aimed at curbing the problem, or the application of what is said to be logic by providing in law that he who voluntarily partakes of that which is the cause of the crime should for that reason be excused from the consequences of his crime? If that is logic, I prefer policy.

It was argued by the appellant that the *Leary* rule converts the offence of sexual assault causing bodily harm into a crime of absolute liability in that the Crown need not prove the requisite intention for the completion of the offence. Therefore, it is said that *Leary* violates ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, and in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, it was held that the requirement for a minimum mental state before the attachment of criminal liability is a principle of fundamental justice. Criminal offences, as a general rule, must have as one of their elements the requirement of a blameworthy mental state. The morally innocent ought not to be convicted. It is said that the *Leary* rule violates this fundamental premise. In my opinion, the *Leary* rule clearly does not offend this essential principle of criminal law but rather upholds it. The *Leary* rule recognizes that accused persons who have voluntarily consumed drugs or alcohol, thereby depriving themselves of self-control leading to the commission of a crime, are not morally innocent and are, indeed, criminally blameworthy. While the rule excludes consideration of voluntary intoxication in the approach to general intent offences, it nonetheless recognizes that it may be a relevant factor in those generally more serious offences where the *mens rea* must involve not only the intentional performance of the *actus reus* but, as well, the formation of further ulterior motives and purposes. It therefore intrudes upon the security of the person only in accordance

faiblesses sur le plan de la logique, cette exclusion peut trouver une justification irrésistible dans la politique générale, une politique si impérieuse qu'elle est dotée de sa propre logique. Qu'elle soit provoquée par l'alcool ou par des stupéfiants, l'intoxication est à l'origine d'un bon nombre, sinon de la plupart, des agressions violentes: sans conteste, l'intoxication est une cause majeure de crimes violents. Quel parti faut-il donc préférer, celui de reconnaître ce fait et d'adopter une politique visant à enrayer le problème, ou celui d'appliquer ce qu'on dit être logique en créant une règle de droit voulant que quiconque participe volontairement à ce qui est la cause du crime doive pour cette raison être excusé des conséquences de son crime? Si c'est là la logique, je préfère la politique générale.

L'appelant a fait valoir que la règle énoncée dans l'arrêt *Leary* transforme l'infraction d'agression sexuelle causant des lésions corporelles en crime de responsabilité absolue, en ce sens que le ministère public est dispensé d'avoir à prouver l'intention requise pour qu'il y ait perpétration de l'infraction. Il prétend donc que l'arrêt *Leary* va à l'encontre de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte*. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, et dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, il a été jugé que l'exigence d'un certain état mental minimal comme condition de la responsabilité criminelle est un principe de justice fondamentale. Un des éléments des infractions criminelles doit en règle générale être l'exigence d'un état mental coupable. Ceux qui sont moralement innocents ne devraient pas se voir déclarer coupables. On dit que la règle énoncée dans l'arrêt *Leary* viole ce principe fondamental. À mon avis, cette règle ne va manifestement pas à l'encontre de ce principe essentiel du droit criminel; au contraire, elle l'étaye. Il s'agit d'une règle qui reconnaît que les accusés qui ont volontairement consommé des stupéfiants ou de l'alcool, se privant ainsi de la maîtrise de soi, ce qui mène à la perpétration d'un crime, loin d'être moralement innocents, sont en fait coupables en droit criminel. Quoique la règle ne permette pas de tenir compte de l'intoxication volontaire dans le cas d'infractions d'intention générale, elle reconnaît néanmoins que cela peut représenter un facteur pertinent à l'égard des infractions générale-

with sound principle and within the established boundaries of the legal process. For these reasons, I would say that the *Charter* is not violated.

In the High Court of Australia in the case of *O'Connor* (1980), 4 A. Crim. R. 348, the court reached a different conclusion and its view has found favour in the judgment of the Chief Justice. I have tried to set out my reasons for rejecting the approach in the *O'Connor* case. I have done so on the basis that the existing law, resting on a recognition of the distinction between the general and specific intent, has not only served our society well but is not divorced from logical support and is based on sound policy. The present law has long been settled and applied in the United Kingdom. It has been accepted as well in Canada and has general support in the United States and up until the *O'Connor* case, as far as I have been able to ascertain, has been followed in both Australia and New Zealand. It has, in other words, embraced the greater part of the common law world. For this reason and those earlier outlined, I would not overrule the judgment of this Court in *Leary* and I would confirm the law as it presently stands. Parliament at some time in the future may intervene in the matter with such statutory provisions as it may consider appropriate but failing that occurrence I would not enlarge the defence of drunkenness, and I do not consider that the suggestion that juries may decline to give effect to such an enlarged defence is a factor to be urged in its favour.

I would therefore conclude that the courts below made no error and I would dismiss the appeal.

In any event, should it be considered that I am wrong in my approach to the *Leary* case, this is nonetheless a case in which the provisions of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* should be applied. The Court of Appeal, reaching the conclu-

ment plus graves pour lesquelles la *mens rea* doit comprendre non seulement l'accomplissement intentionnel de l'*actus reus*, mais aussi l'existence d'autres motifs et desseins. La règle ne nuit donc à la sécurité de la personne qu'en conformité avec des principes solides et d'une manière qui ne dépasse pas les limites établies du processus légal. Pour ces raisons, je suis d'avis qu'il n'y a pas de violation de la *Charte*.

Dans l'affaire *O'Connor* (1980), 4 A. Crim. R. 348, la Haute Cour de l'Australie est arrivée à une conclusion différente et son avis a été retenu par le Juge en chef dans les motifs qu'il a rédigés en l'espèce. J'ai tenté d'exposer les raisons qui m'amènent à rejeter le point de vue adopté dans l'arrêt *O'Connor*. Mon opinion est motivée par le fait que non seulement la règle de droit actuelle, qui repose sur la reconnaissance de l'existence d'une distinction entre l'intention générale et l'intention spécifique, a bien servi notre société, mais aussi elle n'est pas sans soutien logique et elle est fondée sur une politique saine. Voilà longtemps que cette règle bien établie est appliquée au Royaume-Uni. Elle a été acceptée également au Canada et jouit d'un appui général aux États-Unis. De plus, à ce que je peux voir, avant l'arrêt *O'Connor* elle avait été suivie en Australie et en Nouvelle-Zélande. En d'autres termes, elle a eu cours dans la majeure partie du monde de *common law*. Pour ce motif et pour ceux exposés précédemment, je suis d'avis de ne pas renverser l'arrêt *Leary* et de confirmer la règle de droit actuellement en vigueur. Il se peut que dans l'avenir le législateur intervienne en adoptant les dispositions législatives qu'il juge appropriées, mais en attendant je n'élargirais pas la portée de la défense d'ivresse et je ne crois pas que la proposition selon laquelle les jurys pourront refuser de retenir ce moyen de défense élargi soit un facteur qui milite en sa faveur.

Je conclus donc que les tribunaux d'instance inférieure n'ont pas commis d'erreur et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Quoi qu'il en soit, à supposer que ma façon de voir l'arrêt *Leary* soit considérée comme erronée, il y a néanmoins lieu en l'espèce d'appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Étant donné la conclusion à laquelle elle est arrivée, la

sion that it did, did not find it necessary to consider this question. The issue, however, was raised by the respondent Crown in its factum. The trial judge found no evidence of drunkenness, except the statement of the appellant made to the police before trial. The appellant himself did not see fit to give evidence at the trial. The trial judge in addressing the jury made the following statement:

You heard the evidence of the police officers and of the complainant of the condition of the accused with respect to drink. None of them say that he was drunk. Only the accused in his statement says "I was all drunk up too". There was no evidence of drunkenness except that statement and it is open to you to accept it and find that he was drunk but even if he was drunk drunkenness is no defence to the charge alleged against this accused. It is no defence.

It is my view that there is no sufficient evidence of drunkenness to form any basis whatever for the defence of drunkenness. I can only conclude after reviewing the evidence that even if the exclusion of the evidence of drunkenness was an error on the part of the trial judge, no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred in this case and the verdict of the jury would necessarily have been the same, even if the evidence of drunkenness had not been excluded from the jury's consideration. Acting under the powers given in s. 623(1) of the *Code*, I would apply the proviso, dismiss the appeal, and confirm the conviction.

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

WILSON J.—I have had the benefit of the reasons of the Chief Justice and of my colleagues McIntyre and La Forest JJ. I agree with McIntyre J. for the reasons given by him that sexual assault causing bodily harm is an offence of general intent requiring only the minimal intent to apply force. I agree with him also that in most cases involving general intent offences and intoxication the Crown will be able to establish the accused's blameworthy mental state by inference from his or her acts. I think that is the case here. The evidence of intoxication withheld from the trier of fact in this case could not possibly have raised a reasonable doubt

Cour d'appel n'a pas jugé nécessaire d'aborder cette question. Elle a toutefois été soulevée par l'intimée dans son mémoire. Le juge du procès n'a constaté l'existence d'aucun élément de preuve établissant l'ivresse, si ce n'est la déclaration faite par l'appelant à la police avant le procès. L'appelant lui-même n'a pas cru bon de témoigner au procès. Dans son exposé au jury, le juge du procès a dit:

[TRADUCTION] Vous avez entendu les témoignages des policiers et de la plaignante concernant l'état de l'accusé en ce qui concerne son ébriété. Aucun ne prétend qu'il était ivre. L'accusé a été le seul à parler d'ivresse dans sa déclaration: «J'étais bien soûlé aussi.» Exception faite de cette déclaration, il n'y a aucune preuve qu'il était ivre. Or, vous pouvez l'accepter et conclure qu'il était en état d'ébriété, mais même s'il l'était, l'ivresse ne peut être opposée comme moyen de défense à l'accusation portée contre lui. Ce n'est tout simplement pas une défense.

À mon avis, on n'a pas produit une preuve d'ivresse qui suffit pour fonder la défense d'ivresse. Je ne puis que conclure au vu de la preuve que, même si le juge du procès a eu tort d'exclure l'ivresse, il n'y a eu en l'espèce aucun tort important ni erreur judiciaire grave et le jury aurait nécessairement rendu le même verdict, même si on lui avait permis de tenir compte de la preuve d'ivresse. Exerçant les pouvoirs que confère le par. 623(1) du *Code*, je suis d'avis d'appliquer l'exception, de rejeter le pourvoi et de confirmer la déclaration de culpabilité.

Version française des motifs des juges Wilson et L'Heureux-Dubé rendus par

LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs du Juge en chef et de mes collègues les juges McIntyre et La Forest. Je souscris aux motifs du juge McIntyre portant que l'agression sexuelle causant des lésions corporelles est une infraction d'intention générale exigeant seulement l'intention minimale d'utiliser la force. Je suis aussi d'accord avec lui pour dire que, dans la plupart des cas mettant en cause des infractions d'intention générale et l'intoxication, le ministère public sera à même de prouver l'état mental blâmable de l'accusé en le déduisant de ses actes. Je pense que tel est le cas en l'espèce. Il est impossible

as to the existence of the minimal intent to apply force. It is accordingly not necessary in this case to resort to self-induced intoxication as a substituted form of *mens rea*. And, indeed, I have some real concerns as to whether the imposition of criminal liability on that basis would survive a challenge under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The facts are fully set out in the reasons of the Chief Justice and I refer to them only to underline why I agree with my colleague, McIntyre J., that the rule in *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29, should be preserved and applied in this case.

Sexual assault is a crime of violence. There is no requirement of an intent or purpose beyond the intentional application of force. It is first and foremost an assault. It is sexual in nature only because, objectively viewed, it is related to sex either on account of the area of the body to which the violence is applied or on account of words accompanying the violence. Indeed, the whole purpose, as I understand it, of the replacement of the offence of rape by the offence of sexual assault was to emphasize the aspect of violence and put paid to the benign concept that rape was simply the act of a man who was "carried away" by his emotions.

The appellant in his statement to the police admitted that he had forced the complainant to have sexual intercourse with him but claimed that because of his drunkenness he did not know why he had done this and that when he realized what he was doing he "got off" the complainant. There was evidence that the appellant had punched the complainant twice with his closed fist and had threatened to kill her. The doctor who examined the complainant testified that the complainant's right eye was swollen shut and that three stitches were required to close the wound. It is clear from this that there was intentional and voluntary, as opposed to accidental or involuntary, application of force.

que la preuve de l'intoxication, qui n'a pas été soumise au juge des faits en l'espèce, ait pu soulever un doute raisonnable quant à l'existence de l'intention minimale d'utiliser la force. Il n'est donc pas nécessaire en l'espèce de recourir à l'intoxication volontaire à titre de substitut de la *mens rea*. De toute façon, je suis loin d'être sûre que l'imposition de la responsabilité criminelle sur ce fondement survivrait à une contestation en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Le Juge en chef a exposé les faits en détail dans ses motifs et je ne m'y reporterai que pour souligner pourquoi je partage l'avis du juge McIntyre que la règle énoncée dans l'arrêt *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29 doit être préservée et appliquée en l'espèce.

L'agression sexuelle est un crime violent. Il n'exige pas d'intention ou de dessein autre que l'utilisation intentionnelle de la force. C'est toujours et avant tout une agression. Elle est de nature sexuelle seulement parce que, d'un point de vue objectif, elle est reliée aux activités sexuelles soit en raison de la partie du corps qui subit la violence, soit en raison des paroles qui accompagnent la violence. De fait, à mon avis, on a remplacé l'infraction de viol par l'infraction d'agression sexuelle dans le but de mettre l'accent sur l'aspect violent et d'écarter le concept bénin que le viol était simplement l'acte d'un homme qui se «laisse emporter» par ses émotions.

Dans sa déclaration à la police, l'appelant a admis qu'il avait forcé la plaignante à avoir des relations sexuelles avec lui, mais il a allégué qu'à cause de son ivresse, il ne savait pas pourquoi il l'avait fait et que quand il s'est rendu compte de ce qu'il faisait, il «s'est enlevé» de la plaignante. La preuve indique que l'appelant a donné deux coups avec le poing fermé à la plaignante et qu'il l'a menacée de la tuer. Le médecin qui a examiné la plaignante a témoigné que son œil droit était fermé à cause de l'enflure et qu'il avait fallu trois points de suture pour recoudre la blessure. Il est clair que l'utilisation de la force a été intentionnelle et volontaire et non accidentelle et involontaire.

The evidence of the appellant's intoxication consisted of his own statements to the police that he was drunk; the complainant's testimony that, while the appellant was acting out of character in making advances to her, he was able to walk, talk and put albums on the record player; a friend's testimony that prior to the incident the appellant had been drinking at a bar and had become "very rowdy" although still capable of talking and walking straight. By his own admission the appellant had sufficient wits about him after the violent assault to hide a bloodied towel and pillowcase from the police. There is no evidence that we are dealing here with extreme intoxication, verging on insanity or automatism, and as such capable of negating the inference that the minimal intent to apply force was present: see *R. v. Swietlinski* (1978), 44 C.C.C. (2d) 267 (Ont. C.A.), at p. 294, aff'd [1980] 2 S.C.R. 956. The evidence of intoxication in this case was simply not capable of raising a reasonable doubt as to the existence of the minimal intent required. In this I agree with McIntyre J.

I am less confident about the proposition accepted by my colleague that self-induced intoxication may substitute for the mental element required to be present at the time the offence was committed although I realize that there are statements in judgments of this Court to that effect. I do not believe, however, that the Court has clearly adopted that proposition. The decision of the House of Lords in *Director of Public Prosecutions v. Majewski*, [1977] A.C. 443, may stand for the rather harsh proposition that even self-induced intoxication producing a state of automatism cannot constitute a defence to an offence of general intent such as assault but I doubt that our Canadian jurisprudence goes that far.

For example in *R. v. George*, [1960] S.C.R. 871, Fauteux J. in holding the evidence of intoxication in that case not to be relevant in determining the minimal intent required for an assault conviction took care to note at pp. 878-79:

La preuve de l'état d'intoxication de l'appellant découle de ses déclarations à la police à cet effet, du témoignage de la plaignante portant que quoique l'appellant ait agi de façon inhabituelle en lui faisant des avances, il était capable de marcher, de parler et de mettre des disques sur le phonographe, du témoignage d'un ami portant qu'avant l'incident l'appellant avait bu dans un bar et qu'il était devenu «très batailleur» tout en étant encore capable de parler et de marcher droit. De son propre aveu, l'appellant avait encore assez de lucidité après l'agression violente pour cacher à la police une serviette et un oreiller tachés de sang. Aucune preuve n'indique qu'en l'espèce nous avons à faire à une intoxication extrême, au seuil de l'aliénation ou de l'automatisme et apte à ce titre à empêcher la déduction que l'intention minimale d'utiliser la force était présente: voir *R. v. Swietlinski* (1978), 44 C.C.C. (2d) 267 (C.A. Ont.), à la p. 294, conf. par [1980] 2 R.C.S. 956. La preuve de l'intoxication en l'espèce ne permet simplement pas de soulever un doute raisonnable quant à l'existence de l'intention minimale requise. À cet égard, je suis d'accord avec le juge McIntyre.

Je suis moins sûre de la proposition acceptée par mon collègue selon laquelle l'intoxication volontaire peut se substituer à l'élément mental requis au moment de la perpétration de l'infraction, quoique je sois consciente qu'on trouve des déclarations à cet effet dans des arrêts de cette Cour. Je ne crois cependant pas que la Cour ait clairement adopté cette proposition. L'arrêt de la Chambre des Lords *Director of Public Prosecutions v. Majewski*, [1977] A.C. 443, vaut peut-être pour la proposition assez sévère que même l'intoxication volontaire qui produit un état d'automatisme ne peut constituer une défense à une infraction nécessitant une intention générale comme les voies de fait, mais je doute que la jurisprudence canadienne aille aussi loin.

Par exemple dans l'arrêt *R. v. George*, [1960] R.C.S. 871, le juge Fauteux, en décidant que la preuve de l'intoxication dans ce cas n'était pas utile pour déterminer s'il y avait l'intention minimale requise pour une déclaration de culpabilité de voies de fait, a pris soin de noter aux pp. 878 et 879:

There can be no pretence, in this case, that the manner in which force was applied by respondent to his victim was accidental—or excluding at the moment, from the consideration, the defence of drunkenness—unintentional.

On this finding of fact, the accused was guilty of common assault unless there was evidence indicating a degree of drunkenness affording, under the law, a valid defence.

Hence, the question is whether, owing to drunkenness, respondent's condition was such that he was incapable of applying force intentionally. I do not know that, short of a degree of drunkenness creating a condition tantamount to insanity, such a situation could be metaphysically conceived in an assault of the kind here involved. It is certain that, on the facts found by the trial Judge, this situation did not exist in this case.

Likewise Ritchie J. concluded at pp. 890-91:

The fact that the learned trial judge found, as I think he did, that the respondent had "violently manhandled" an old man but was not guilty of assault because he was drunk at the time raises the question of law posed by the appellant as to whether, under the circumstances as found by the trial judge, drunkenness is a valid defence to common assault.

In considering the question of *mens rea*, a distinction is to be drawn between "intention" as applied to acts done to achieve an immediate end on the one hand and acts done with the specific and ulterior motive and intention of furthering or achieving an illegal object on the other hand. Illegal acts of the former kind are done "intentionally" in the sense that they are not done by accident or through honest mistake, but acts of the latter kind are the product of preconception and are deliberate steps taken towards an illegal goal. The former acts may be the purely physical products of momentary passion, whereas the latter involve the mental process of formulating a specific intent. A man, far advanced in drink, may intentionally strike his fellow in the former sense at a time when his mind is so befogged with liquor as to be unable to formulate a specific intent in the latter sense.

The decision of the learned trial judge, in my opinion, constitutes a finding that the respondent violently man-

[TRADUCTION] Il est impossible de soutenir en l'espèce que c'est accidentellement ou, abstraction faite pour l'instant de la défense d'ivresse, involontairement que l'intimé a eu recours à la force contre sa victime.

a

D'après cette conclusion de fait, l'accusé est coupable de voies de fait simples, à moins que la preuve n'indique un degré d'ivresse suffisant pour constituer en droit un moyen de défense valable.

b

La question est donc de savoir si, pour cause d'ivresse, l'état de l'intimé a été tel qu'il était incapable d'avoir intentionnellement recours à la force. Or, je ne crois pas qu'en l'absence d'un degré d'ivresse créant un état équivalant à l'aliénation, il soit métaphysiquement possible de concevoir une telle situation dans le cas de voies de fait comme celles présentement en cause. Il est certain que, compte tenu des conclusions de fait du juge du procès, cette situation ne s'est pas présentée en l'espèce.

d

De même le juge Ritchie a conclu aux pp. 890 et 891:

[TRADUCTION] Le fait que le juge du procès ait conclu, comme je crois qu'il l'a fait, que l'intimé avait «violemment maltraité» un vieillard, mais n'était pas coupable de voies de fait parce qu'il était ivre à ce moment là, soulève la question de droit posée par l'appelante, savoir si, vu les circonstances établies par le juge du procès, l'ivresse est une défense valide aux voies de fait simples.

f

En étudiant la question de la *mens rea*, on doit faire une distinction entre «l'intention» dans le cas d'actes accomplis pour atteindre un but immédiat d'une part et dans le cas d'actes accomplis dans le dessein et avec l'intention spécifique d'atteindre ou de contribuer à atteindre un but illégal d'autre part. Les actes illégaux du premier type sont «intentionnels» en ce sens qu'on ne les fait pas par accident ou par simple erreur. Les actes qui relèvent de la seconde catégorie, toutefois, résultent de la préméditation et représentent des mesures prises délibérément en vue d'atteindre un but illégal. Ceux-là peuvent être les conséquences purement physiques d'une passion momentanée, tandis que ceux-ci comportent la démarche mentale qui consiste à former une intention spécifique. Un homme en état d'ivresse très avancé peut frapper un autre intentionnellement au premier sens à un moment où son esprit est à ce point obscurci par la boisson qu'il est incapable de former une intention spécifique au deuxième sens.

j

La décision du savant juge du procès constitue, selon moi, une conclusion que l'intimé a violemment agressé

handled a man and knew that he was hitting him. Under these circumstances, evidence that the accused was in a state of voluntary drunkenness cannot be treated as a defence to a charge of common assault because there is no suggestion that the drink which had been consumed had produced permanent or temporary insanity and the respondent's own statement indicates that he knew that he was applying force to the person of another.

In *Leary, supra*, although Pigeon J. categorically stated at p. 57 that because rape was an offence of general intent it was "therefore a crime in which the defence of drunkenness can have no application", he went on to say that he was obliged to determine whether on the facts of the case the application of the law would result in a miscarriage of justice. In order to do this he addressed the question whether there was evidence that the accused was so intoxicated that he could not form a criminal intent and concluded at pp. 59-60:

Therefore, in the circumstances, although it is not strictly necessary in view of my conclusion on the question of law, I wish to say that, even if I held a different view, I would have to hold that in the instant case there was no evidence that the accused was drunk to such a degree as to be incapable of forming the intent to commit rape. Here is what Bull J.A. said:

The evidence was clear that the appellant was intoxicated (as was the boy friend Lesley) but there was no suggestion that he was in such a drunken condition either that he did not know what he was doing or that he would not appreciate that his menacing use of the knife, combined with this insistence on sexual intercourse, extorted submission or consent to the act. The appellant's position, as voluntarily made to the police, was merely that he "started petting" with her, removed her tampax for her and had intercourse. The whole statement was clear and concise as to the event and details and negated any such drunken condition.

I do not think that the trial judge's remark indicates that he thought there was some evidence of drunkenness going to the extent of an inability to form a criminal intent. (Assuming this is at all possible in a rape case, see Glanville L. Williams, *The Mental Element in Crime* (1965), p. 47.) In my opinion, the trial judge merely wanted to guard against the erroneous view that mere drunken condition could be a defence.

un homme et savait qu'il le frappait. Dans ces circonstances, une preuve établissant que l'accusé se trouvait en état d'ivresse volontaire ne saurait être considérée comme une défense opposable à une accusation de voies de fait simples parce que rien n'indique que l'alcool qu'il avait consommé avait provoqué une aliénation permanente ou temporaire et qu'il ressort de la déclaration faite par l'intimé lui-même qu'il savait qu'il employait la force contre une autre personne.

Dans l'arrêt *Leary*, précité, bien que le juge Pigeon ait dit, à la p. 57, de façon catégorique que, étant donné que le viol est une infraction nécessitant l'intention générale, il est «en conséquence un crime pour lequel la défense d'ivresse n'est pas recevable», il a dit ensuite qu'il était tenu de décider si, vu les faits de l'affaire, l'application de la règle de droit entraînerait un déni de justice. À cette fin, il a décidé d'examiner si la preuve indiquait que l'accusé était tellement ivre qu'il ne pouvait pas former l'intention criminelle et il a conclu aux pp. 59 et 60:

En conséquence, bien que cela ne soit pas strictement nécessaire compte tenu de ma conclusion sur la question de droit, je tiens à préciser que, même si j'étais parvenu à une conclusion différente, j'aurais jugé qu'en l'espèce il n'y a aucune preuve que l'accusé était ivre au point d'être incapable de former l'intention de commettre un viol. Le juge d'appel Bull a déclaré:

[TRADUCTION] Il est manifeste d'après la preuve que l'appelant était ivre (comme son ami Lesley) mais rien n'indique qu'il était ivre au point de ne pas avoir conscience de ce qu'il faisait ou de ne pas se rendre compte que c'est en menaçant la plaignante de son couteau et en insistant pour avoir des rapports sexuels, qu'il a arraché sa capitulation ou son consentement à l'acte. Selon la déclaration volontaire de l'appelant à la police, il s'est simplement mis à la «caresser», lui a retiré son tampax et a eu des rapports sexuels. Sa déclaration est une relation claire, concise et détaillée de l'incident et écarte la possibilité d'une ivresse aussi avancée.

Je ne pense pas que la remarque du juge de première instance indique qu'il ait cru qu'il y avait preuve d'un état d'ivresse rendant impossible l'intention criminelle. (À supposer que ce soit possible dans le cas d'un viol, voir Glanville L. Williams, *The Mental Element in Crime* (1965), p. 47.) À mon avis, le juge du procès voulait seulement mettre le jury en garde contre l'opinion erronée que l'ivresse pourrait constituer un moyen de défense.

I believe that the *Leary* rule is perfectly consistent with an onus resting on the Crown to prove the minimal intent which should accompany the doing of the prohibited act in general intent offences. I view it as preferable to preserve the *Leary* rule in its more flexible form as Pigeon J. applied it, i.e., so as to allow evidence of intoxication to go to the trier of fact in general intent offences only if it is evidence of extreme intoxication involving an absence of awareness akin to a state of insanity or automatism. Only in such a case is the evidence capable of raising a reasonable doubt as to the existence of the minimal intent required for the offence. I would not overrule *Leary*, as the Chief Justice would, and allow evidence of intoxication to go to the trier of fact in every case regardless of its possible relevance to the issue of the existence of the minimal intent required for the offence.

It was argued by the appellant and indeed accepted by the Chief Justice in his reasons that the *Leary* rule converts the offence of sexual assault causing bodily harm into a crime of absolute liability in that the Crown need not prove any mental element. This is said to offend s. 7 of the *Charter* as interpreted in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486 and in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636. With all due respect to those who think differently I do not believe that the Crown is relieved from proving the existence of the required minimal intent by the operation of *Leary*. In *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, Dickson J., as he then was, stated at p. 1310:

In sharp contrast, "absolute liability" entails conviction on proof merely that the defendant committed the prohibited act constituting the *actus reus* of the offence. There is no relevant mental element. It is no defence that the accused was entirely without fault. He may be morally innocent in every sense, yet be branded as a malefactor and punished as such.

Je crois donc que la règle énoncée dans l'arrêt *Leary* est tout à fait compatible avec la charge imposée au ministère public de prouver l'intention minimale qui doit accompagner l'exécution de l'acte prohibé dans les infractions d'intention générale. Je considère qu'il est préférable de préserver la règle énoncée dans l'arrêt *Leary* dans la forme plus souple appliquée par le juge Pigeon, c.-à-d. de permettre que la preuve de l'intoxication soit soumise au juge des faits pour les infractions d'intention générale seulement s'il s'agit d'une preuve d'intoxication extrême entraînant l'absence de conscience voisine de l'aliénation ou de l'automatisme. C'est seulement dans ce cas que la preuve peut soulever un doute raisonnable sur l'existence de l'intention minimale requise par l'infraction. Je ne suis pas d'avis de renverser l'arrêt *Leary*, comme le ferait le Juge en chef, et de permettre que la preuve de l'intoxication soit soumise au juge des faits dans tous les cas, indépendamment de sa pertinence possible à l'égard de la question de l'existence de l'intention minimale requise pour l'infraction.

Selon un des arguments de l'appelant que le Juge en chef a d'ailleurs accepté dans ses motifs, la règle énoncée dans l'arrêt *Leary* transforme l'infraction d'agression sexuelle causant des lésions corporelles en un crime de responsabilité absolue puisque le ministère public n'a plus à prouver l'élément mental. Ce serait contraire à l'art. 7 de la *Charte* selon l'interprétation donnée dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486 et dans *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636. Avec égards pour les tenants de l'opinion contraire, je ne crois pas que le ministère public soit déchargé de la preuve de l'existence de l'intention minimale requise pour l'infraction du fait de l'arrêt *Leary*. Dans l'arrêt *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, le juge Dickson, alors juge puîné, dit, à la p. 1310:

Par contre la «responsabilité absolue» entraîne condamnation sur la simple preuve que le défendeur a commis l'acte prohibé qui constitue l'*actus reus* de l'infraction. Aucun élément moral n'est nécessaire. On ne peut plaider que l'accusé n'a commis aucune faute. Il peut être moralement innocent sous tous rapports et malgré cela être traité de criminel et puni comme tel.

When the *Leary* rule is applied in this case the Crown must still prove beyond a reasonable doubt the existence of the required mental element of the intentional application of force. The offence cannot be said to be one of absolute liability in the sense that no mental element has to be proved in order to obtain a conviction. As Alan Mewett and Morris Manning write in *Criminal Law* (2nd ed. 1985), at p. 210:

The courts are not saying that crimes of general or basic intent do not require mens rea. Rather they are saying that those crimes have a mens rea of a type directed solely to the present and that drunkenness is not sufficient to negate that type of thought process.

Similarly, Glanville Williams argues in his *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983), at pp. 475-76, that it is a misunderstanding to read even *Majewski*, *supra*, as transforming general intent offences into absolute liability offences because "even on a charge of a crime of basic intent the jury must have regard to all the evidence except the evidence of intoxication in determining the defendant's intention." In short, when evidence of intoxication is withheld from the jury, the Crown still bears the burden of proving a blameworthy state of mind.

It was also argued by the appellant and accepted by the Chief Justice that the application of the *Leary* rule violates s. 11(d) of the *Charter* by allowing an accused to be convicted even although the trier of fact might well have a reasonable doubt as to the existence of the essential mental element of the offence or as to the availability of a defence which could raise a reasonable doubt as to the guilt of the accused: see *Vaillancourt*, *supra*; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3. Again I find myself in respectful disagreement with the Chief Justice and the appellant on this issue. To my mind, the operation of the *Leary* rule in this case does not have that result because the Crown still must prove that the accused applied force intentionally and the evidence of intoxication is withheld from the jury only because it is incapable of

L'application de la règle énoncée dans l'arrêt *Leary* en l'espèce n'évite pas au ministère public d'avoir à prouver hors de tout doute raisonnable l'existence de l'élément mental requis, soit le recours intentionnel à la force. On ne peut pas dire qu'il s'agit d'une infraction de responsabilité absolue en ce sens qu'aucun élément mental n'a à être prouvé pour obtenir une déclaration de culpabilité. Comme Alan Mewett et Morris Manning l'écrivent dans *Criminal Law* (2nd ed. 1985), à la p. 210:

[TRADUCTION] Les tribunaux ne disent pas que les crimes nécessitant une intention générale ou une intention fondamentale ne requièrent pas la mens rea. Ils disent plutôt que ces crimes ont une mens rea d'un type visant seulement le présent et que l'ivresse ne suffit pas à nier ce type de processus mental.

De même Glanville Williams fait valoir dans son ouvrage *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983), aux pp. 475 et 476, qu'il est erroné de considérer que même l'arrêt *Majewski*, précité, transforme les infractions d'intention générale en infractions de responsabilité absolue car [TRADUCTION] «même dans le cas d'une accusation relative à un crime d'intention fondamentale, le jury doit tenir compte de l'ensemble de la preuve, sauf celle d'intoxication, pour déterminer l'intention du défendeur». En bref, quand la preuve de l'intoxication n'est pas soumise au jury, le ministère public a toujours la charge de prouver un état d'esprit blâmable.

Selon un autre argument de l'appellant que le Juge en chef a accepté, l'application de la règle énoncée dans l'arrêt *Leary* porte atteinte à l'al. 11d) de la *Charte* en permettant la condamnation d'un accusé alors que le juge des faits aurait bien pu avoir un doute raisonnable sur l'existence d'un élément mental essentiel de l'infraction ou sur l'existence d'une défense qui aurait pu soulever un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé: voir *Vaillancourt*, précité, et *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3. Je suis ici aussi en désaccord avec le Juge en chef et l'appellant sur ce point. À mon avis, l'application de la règle énoncée dans l'arrêt *Leary* en l'espèce n'a pas ce résultat parce que le ministère public doit toujours prouver que l'accusé a utilisé la force intentionnellement, et que la preuve de l'intoxication n'est pas soumise au

raising a reasonable doubt as to the accused's guilt. This is not a case in which self-induced intoxication is being resorted to as a substituted *mens rea* for the intentional application of force.

It is, in my view, not strictly necessary in this case to address the constitutionality of substituting self-induced intoxication as the *mens rea* for the minimal *mens rea* requirements of general intent offences. The issue would, in my view, only arise in those rare cases in which the intoxication is extreme enough to raise doubts as to the existence of the minimal intent which characterizes conscious and volitional conduct. However, as both the Chief Justice and McIntyre J. have addressed the issue, I will express my own somewhat tentative views upon it.

This Court has affirmed as fundamental the proposition that a person should not be exposed to a deprivation of liberty unless the Crown proves the existence of a blameworthy or culpable state of mind: see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at pp. 513-20. It does not follow from this, however, that those who, through the voluntary consumption of alcohol or drugs incapacitate themselves from knowing what they are doing, fall within the category of the "morally innocent" deserving of such protection. This is not to say that such persons do not have a right under ss. 7 or 12 of the *Charter* to be protected against punishment that is disproportionate to their crime and degree of culpability: see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at pp. 532-34; *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045. They do, especially if the consequences of their becoming intoxicated were not intended or foreseen.

The real concern over the substituted form of *mens rea* arises, it seems to me, under s. 11(d) of the *Charter*. While this Court has recognized that in some cases proof of an essential element of a criminal offence can be replaced by proof of a different element, it has placed stringent limitations on when this can happen. In *Vaillancourt*, *supra*, Lamer J. said at p. 656:

jury uniquement parce qu'elle ne peut soulever de doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé. Il ne s'agit pas d'un cas où on a recours à l'intoxication volontaire à titre de substitut de la *a mens rea* relativement à l'utilisation intentionnelle à la force.

J'estime qu'il n'est pas strictement nécessaire en l'espèce d'examiner la constitutionnalité de la substitution de l'intoxication volontaire à titre de *b mens rea* relativement aux exigences minimales en matière de *mens rea* pour les infractions d'intention générale. Cette question ne se posera, à mon avis, que dans les rares cas où l'intoxication est si extrême que cela soulève des doutes quant à l'existence de l'intention minimale qui caractérise un comportement conscient et volontaire. Toutefois, comme le Juge en chef et le juge McIntyre se sont penchés sur cette question, je vais exposer l'état de ma réflexion actuelle à cet égard.

Cette Cour a affirmé qu'il était fondamental qu'une personne ne puisse pas être privée de sa liberté sans que le ministère public ait prouvé l'existence d'un état d'esprit blâmable ou coupable: voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, aux pp. 513 à 520. Toutefois il ne s'ensuit pas que ceux qui se mettent dans l'incapacité de savoir ce qu'ils font à cause de leur consommation volontaire d'alcool ou de drogues, tombent dans la catégorie des gens «moralement innocents» qui méritent une telle protection. Ceci ne veut pas dire que ces personnes n'ont pas le droit en vertu des art. 7 ou 12 de la *Charte* d'être protégés contre des peines disproportionnées par rapport à leur crime et à leur degré de culpabilité: voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, aux pp. 532 à 534; *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045. Elles le sont en particulier si les conséquences de leur ivresse n'étaient ni voulues ni prévisibles.

La véritable difficulté que pose la substitution d'un autre élément à la *mens rea*, me semble-t-il, découle de l'al. 11(d) de la *Charte*. Bien que cette Cour ait reconnu que, dans certains cas, la preuve d'un élément essentiel d'une infraction criminelle puisse être remplacée par la preuve d'un élément différent, elle a placé des limites très strictes aux cas où cela peut se produire. Dans l'arrêt *Vaillancourt*, précité, le juge Lamer dit, à la p. 656:

Finally, the legislature, rather than simply eliminating any need to prove the essential element, may substitute proof of a different element. In my view, this will be constitutionally valid only if upon proof beyond reasonable doubt of the substituted element it would be unreasonable for the trier of fact not to be satisfied beyond reasonable doubt of the existence of the essential element. If the trier of fact may have a reasonable doubt as to the essential element notwithstanding proof beyond a reasonable doubt of the substituted element, then the substitution infringes ss. 7 and 11(d).

In *Whyte, supra*, the Chief Justice approved the above statement at pp. 18-19 and added:

In the passage from *Vaillancourt* quoted earlier, Lamer J. recognized that in some cases substituting proof of one element for proof of an essential element will not infringe the presumption of innocence if, upon proof of the substituted element, it would be unreasonable for the trier of fact not to be satisfied beyond a reasonable doubt of the existence of the essential element. This is another way of saying that a statutory presumption infringes the presumption of innocence if it requires the trier of fact to convict in spite of a reasonable doubt. Only if the existence of the substituted fact leads inexorably to the conclusion that the essential element exists, with no other reasonable possibilities, will the statutory presumption be constitutionally valid.

In my tentative view, it is unlikely that in those cases in which it is necessary to resort to self-induced intoxication as the substituted element for the minimal intent, proof of the substituted element will "inexorably" lead to the conclusion that the essential element of the minimal intent existed at the time the criminal act was committed. But I prefer to leave this question open as it is unnecessary to decide it in order to dispose of this appeal.

I agree with my colleagues McIntyre and La Forest J.J. that, had there been error in the court below, no substantial wrong or miscarriage of justice resulted from it and that it would accordingly be appropriate to apply s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. I would dismiss the appeal.

Enfin, au lieu d'éliminer simplement la nécessité de faire la preuve d'un élément essentiel, le législateur peut remplacer cela par la preuve d'un élément différent. À mon sens, cela ne sera constitutionnel que si après que l'on a prouvé hors de tout doute raisonnable l'existence de l'élément ainsi substitué, il serait déraisonnable que le juge des faits ne soit pas convaincu hors de tout doute raisonnable de l'existence de l'élément essentiel. Si le juge des faits peut avoir un doute raisonnable quant à l'élément essentiel malgré la preuve hors de tout doute raisonnable qui a été faite de l'existence de l'élément substitué, alors la substitution contrevient à l'art. 7 et à l'al. 11d).

Dans l'arrêt *Whyte*, précité, le Juge en chef a approuvé la déclaration susmentionnée aux pp. 18 et 19:

Dans le passage de l'arrêt *Vaillancourt* cité précédemment, le juge Lamer reconnaît que, dans certains cas, substituer la preuve d'un élément à la preuve d'un élément essentiel ne portera pas atteinte à la présomption d'innocence si, après qu'on a prouvé l'existence de l'élément substitué, il était déraisonnable que le juge des faits ne soit pas convaincu hors de tout doute raisonnable de l'existence de l'élément essentiel. Il s'agit d'une autre façon de dire que la présomption légale porte atteinte à la présomption d'innocence si elle oblige le juge des faits à prononcer une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable. La présomption légale ne sera constitutionnelle que si l'existence du fait substitué entraîne inexorablement la conclusion que l'élément essentiel existe, sans aucune autre possibilité raisonnable.

Mon point de vue actuel me porte à dire qu'il est improbable que dans les affaires où il est nécessaire de recourir à l'intoxication volontaire comme élément substitué à l'intention minimale, la preuve de l'élément substitué entraîne «inexorablement» la conclusion que l'élément essentiel, soit l'intention minimale, existait au moment de la perpétration de l'acte criminel. Je préfère donc laisser cette question en suspens puisqu'il n'est pas nécessaire de la trancher afin de statuer sur ce pourvoi.

Je suis d'accord avec mes collègues les juges McIntyre et La Forest pour dire que, si le tribunal d'instance inférieure avait commis une erreur, elle n'aurait entraîné aucun tort important ni erreur judiciaire grave et, par conséquent, il aurait été approprié d'appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the opinions prepared by the Chief Justice and Justice McIntyre. The requirement of *mens rea* in truly criminal offences is, as the Chief Justice has demonstrated, so fundamental that it cannot, since the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, be removed on the basis of judicially-developed policy. It would be anomalous if the courts could infringe such a fundamental right on the basis of such policies when not demonstrated to be essential, while any attempt by Parliament to do so would be subjected to searching scrutiny under s. 1 as established by this Court.

In my dissenting reasons in *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145, at p. 187, I set forth my views regarding the general issue posed here. I there observed that in the changed constitutional environment brought about by the *Charter*, if incursions are to be made upon fundamental legal values, it is for Parliament to do so, not the courts. It is the duty of Parliament to respond to the challenge of criminal activities. While the courts must sensitively consider actions taken by Parliament for the protection of the public generally, they must be forever diligent to prevent undue intrusions on our liberty. The courts are the protectors of our rights. It does not sit well for them to make rules intruding on fundamental rights even when this may appear to them to be desirable in a properly balanced system of criminal justice. That is Parliament's work. I added, at p. 189 of *Landry*:

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.

Established common law rules should not, it is true, lightly be assumed to violate the *Charter*. As a repository of our traditional values they may, in fact, assist in defining its norms. But when a

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire les motifs préparés par le Juge en chef et par le juge McIntyre. Comme le Juge en chef l'a établi, l'exigence de la *mens rea* dans les infractions véritablement criminelles est tellement fondamentale qu'on ne peut la supprimer, depuis l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*, sur la base d'une politique de droit prétorien. Il serait anormal que les tribunaux puissent porter atteinte à un tel droit fondamental en s'appuyant sur ces politiques dont le caractère essentiel n'a pas été démontré, alors que toute tentative du législateur de le faire serait passée au crible de l'article premier, ainsi que cette Cour l'a établi.

Dans mes motifs de dissidence dans l'arrêt *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145, à la p. 187, j'ai exposé mon point de vue sur la question générale soulevée en l'espèce. J'y ai souligné que, dans l'environnement constitutionnel nouveau établi par la *Charte*, si on doit porter atteinte aux valeurs juridiques fondamentales, il appartient au législateur de le faire et non aux tribunaux. Il incombe au législateur de relever le défi que causent les activités criminelles. Bien que les tribunaux doivent être sensibles à ce que fait le législateur pour protéger le public en général, ils doivent toujours veiller à empêcher les atteintes indues à notre liberté. Les tribunaux sont les protecteurs de nos droits. Il n'est pas de leur ressort d'adopter des règles qui portent atteinte aux droits fondamentaux même si elles leur semblent souhaitables dans un système équilibré de justice criminelle. C'est le travail du législateur. J'ajoute dans l'affaire *Landry*, à la p. 189:

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.

Il est vrai qu'on ne doit pas présumer à la légère que des règles de *common law* établies enfreignent la *Charte*. En tant que dépositaires de nos valeurs traditionnelles, elles peuvent faciliter la définition

common law rule is found to infringe upon a right or freedom guaranteed by the *Charter*, it must be justified in the same way as legislative rules. No adequate justification was made here.

Accordingly, I am in general agreement with the law as stated by the Chief Justice. However, I agree with McIntyre J. that on the particular facts of this case no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred and it is, therefore, a proper case to apply s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. For this reason, I would dispose of the case in the manner proposed by McIntyre J.

Appeal dismissed, DICKSON C.J. and LAMER J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Ruby & Edwardh, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.

de ses normes. Mais lorsqu'on conclut qu'une règle de *common law* enfreint un droit ou une liberté garanti par la *Charte*, elle doit être justifiée de la même façon qu'une règle législative. Or, il n'existe aucune justification adéquate en l'espèce.

Par conséquent, je suis en accord général avec la façon dont le Juge en chef a énoncé le droit. Toutefois je conclus comme le juge McIntyre que, compte tenu des faits particuliers de l'espèce, il n'y a pas eu de tort important ni d'erreur judiciaire grave et qu'il s'agit donc d'une affaire où l'on peut appliquer le sous-al. 613(1)b(iii) du *Code criminel*. Pour ce motif, je suis d'avis de trancher l'affaire comme le propose le juge McIntyre.

Pourvoi rejeté, le juge en chef DICKSON et le juge LAMER sont dissidents.

Procureurs de l'appelant: Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

David Aaron Showman *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SHOWMAN

File No.: 19748.

1987: December 10; 1988: December 15.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Defences — Entrapment — Meeting between undercover agent and accused set up by friend of accused — Whether or not accused entrapped.

Appellant was convicted of drug trafficking as a result of a sale of marijuana made to an undercover police officer in March 1982. On a *voir dire* the appellant testified that he had been entrapped into committing the crime because of the pressure exerted on him by a friend. This friend, in exchange for consideration by the police with respect to his own narcotics charge, had agreed to assist the police. He made several telephone calls to appellant to arrange for the undercover agent to meet with appellant and ultimately brought about a meeting between the two. The trial judge rejected the appellant's claim of entrapment. The Court of Appeal dismissed appellant's appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

None of the circumstances identified as factors leading to a conclusion that the police conduct went beyond acceptable limits existed here. The police acted on reasonable suspicion and were fully entitled to provide appellant with an opportunity to commit the offence. They did not use tactics that would induce the average person into the commission of an offence. The use of undercover agents and informers is common and necessary because drug trafficking is especially difficult. Appellant's friendship was neither exploited nor violated in setting up the meeting with the undercover agent. The number of telephone calls made by appellant's friend to bring about the meeting was not significant, given the general appeal to profit in the calls, the short number of days involved, and the fact that the average narcotic

* Estey and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

David Aaron Showman *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: R. C. SHOWMAN

N° du greffe: 19748.

1987: 10 décembre; 1988: 15 décembre.

b

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel — Moyens de défense — Provocation policière — Rencontre fixée entre un agent provocateur et l'accusé par un ami de l'accusé — L'accusé a-t-il été victime de provocation policière?

L'accusé a été accusé de trafic d'un stupéfiant par suite d'une vente de marijuana à un agent provocateur en mars 1982. Au cours d'un voir-dire, l'appelant a témoigné avoir été incité à commettre le crime en raison des pressions qu'un ami a exercées sur lui. Cet ami a prêté son aide aux policiers en échange de leur engagement d'en tenir compte à l'égard des accusations en matière de stupéfiants qui pesaient contre lui. Il a téléphoné à l'accusé plusieurs fois en vue de permettre à l'agent provocateur de rencontrer l'appelant et a finalement fixé une rencontre entre les deux. Le juge du procès a rejeté la prétention de provocation policière soulevée par l'appelant. La Cour d'appel a débouté l'appelant.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Aucune des circonstances identifiées comme facteurs permettant de conclure que les policiers, par leur conduite, sont allés au-delà des limites acceptables n'existe en l'espèce. Les policiers ont agi sur la foi d'un doute raisonnable et il leur était tout à fait permis de fournir à l'appelant une occasion de commettre l'infraction. Ils n'ont pas employé des tactiques destinées à inciter une personne moyenne à commettre une infraction. Le recours à des agents provocateurs et à des indicateurs est courant et nécessaire parce que le trafic de stupéfiants est une infraction particulièrement difficile à déceler. Il n'y a eu ni exploitation ni violation de l'amitié de l'appelant au cours des arrangements pour fixer une rencontre avec l'agent provocateur. Le nombre d'appels téléphoniques effectués par l'ami de l'appelant pour

* Les juges Estey et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

supplier is not going to respond at the very first phone call.

Cases Cited

Applied: *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, reversing (1985), 49 C.R. (3d) 169; *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418.

Statutes and Regulations Cited

Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal dismissing an appeal from conviction of drug trafficking by Catliff Co. Ct. J. sitting with jury. Appeal dismissed.

K. Westlake, for the appellant.

S. David Frankel and *Patricia A. Babcock*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—

Introduction

The appellant was charged with unlawfully trafficking in a narcotic contrary to the provisions of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1. The charge arose as a result of a sale of marijuana made to an undercover police officer on March 18, 1982. He was convicted of this offence by Judge Catliff of the County Court of Vancouver, sitting with a jury. On a *voir dire* the appellant testified that he had been entrapped into committing the crime because of the pressure exerted on him by a friend, Ward Kirkus. The trial judge rejected the appellant's claim and the jury returned a verdict of guilty. The appellant appealed to the British Columbia Court of Appeal and in reasons for judgment given by MacFarlane J., concurred in by Carrothers and Aikins J.J.A., the appeal was dismissed. Leave to appeal was granted by this Court and the appeal was heard at the same time as the appeal in *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903. I am of the view that this appeal must be dismissed.

fixer la rencontre n'est pas déterminant étant donné que ces appels portaient généralement sur le profit à tirer de l'opération, le peu de jours visés et que le fournisseur de stupéfiants moyen n'acquiescerait pas dès le premier appel.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, inf. (1985), 49 C.R. (3d) 169; *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418.

Lois et règlements cités

Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a rejeté l'appel de la déclaration de culpabilité d'avoir fait le trafic d'un stupéfiant prononcée par le juge Catliff de la Cour de comté siégeant avec jury. Pourvoi rejeté.

K. Westlake, pour l'appellant.

S. David Frankel et *Patricia A. Babcock*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LAMER—

Introduction

L'appellant a été accusé de trafic illégal d'un stupéfiant en contravention avec les dispositions de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1. L'accusation découle d'une vente de marijuana à un agent provocateur le 18 mars 1982. Il a été déclaré coupable de cette infraction par le juge Catliff de la Cour de comté de Vancouver qui siégeait avec jury. Au cours d'un voir-dire, l'appellant a témoigné avoir été incité à commettre le crime en raison des pressions qu'un ami, Ward Kirkus, a exercées sur lui. Le juge du procès a rejeté la prétention de l'appellant et le jury a prononcé un verdict de culpabilité. L'appellant a interjeté appel à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et le juge MacFarlane, dans des motifs de jugement auxquels les juges Carrothers et Aikins ont souscrit, a rejeté l'appel. Cette Cour a accordé l'autorisation de pourvoi et celui-ci a été entendu en même temps que le pourvoi *R. c. Mack*, [1982] 2 R.C.S. 903. Je suis d'avis de rejeter ce pourvoi.

The Facts

The Crown called two witnesses on the *voir dire*, Constable Hickman and Constable Adam, and the appellant testified on his own behalf. Constable Hickman testified that Ward Kirkus, the alleged entrapper, was facing a potential narcotics charge and it was agreed that the police would give him some consideration with respect to his charge in exchange for Kirkus' assisting the police. Constable Hickman had information, received from Kirkus and others, that the appellant was a supplier of narcotics. Constable Hickman instructed Kirkus to phone the appellant for the purpose of arranging a sale of narcotics. Following a discussion with Kirkus, Constable Hickman directed an undercover officer, Constable Adam, to go to a mall parking lot on March 15, 1982, approach a person sitting in a specific vehicle, and ask if he could purchase some drugs. Adam was provided with approximately \$200 to that end. The person in the car was in fact Kirkus. Constable Hickman had told Kirkus that a man would approach him in his car. Neither Constable Adam nor Kirkus were informed of the fact they were both working for the police, in accordance with standard police procedure. It is clear, however, that Constable Adam suspected Kirkus was acting on behalf of the police upon meeting him at the mall. At all material times Constable Hickman was assisting in the surveillance of this undercover investigation of the appellant.

There were three narcotics transactions arising from the association set up by Kirkus between the appellant and the undercover Constable Adam, only the second of which the appellant was charged.

On March 15, 1982, Constable Adam met Kirkus and Kirkus drove him to the appellant's house. Kirkus introduced Constable Adam to the appellant. Constable Adam testified that Kirkus asked the appellant if he had any narcotics and the appellant, who had been told by Kirkus that a half-pound of marijuana would be purchased, stated that he was "doing pounds for \$1,900."

Les faits

La poursuite a appelé deux témoins à l'occasion du voir-dire, les agents de police Hickman et Adam, et l'appelant a témoigné pour son propre compte. L'agent Hickman a témoigné que Ward Kirkus, qui serait l'auteur de la provocation, faisait face à une accusation possible en matière de stupéfiants et il a été convenu que, s'il prêtait son aide à la police, cette dernière en tiendrait compte à l'égard de son accusation. L'agent Hickman possédait des renseignements transmis par Kirkus et d'autres que l'appelant était un fournisseur de stupéfiants. L'agent Hickman a demandé à Kirkus de téléphoner à l'appelant en vue de conclure une vente de stupéfiants. À la suite d'une discussion avec Kirkus, l'agent Hickman a ordonné à un agent provocateur, l'agent Adam, de se rendre dans le stationnement d'un centre commercial le 15 mars 1982, de s'approcher d'une personne assise dans un véhicule spécifié et de lui demander s'il pouvait acheter de la drogue. Adam s'est vu remettre quelque 200 \$ à cette fin. La personne dans la voiture était en fait Kirkus. L'agent Hickman avait dit à Kirkus qu'un homme s'approcherait de lui dans sa voiture. Ni l'agent Adam ni Kirkus n'avaient été avisés qu'ils travaillaient tous deux pour la police, conformément à la procédure policière habituelle. Il est cependant clair que l'agent Adam a soupçonné Kirkus de travailler pour le compte de la police lorsqu'il l'a rencontré au centre commercial. À toutes les époques en cause, l'agent Hickman a participé à la surveillance de l'enquête secrète menée à l'égard de l'appelant.

Par suite de la rencontre organisée par Kirkus entre l'appelant et l'agent provocateur Adam, trois opérations concernant des stupéfiants ont été conclues, mais l'appelant n'a été accusé que de la deuxième.

Le 15 mars 1982, l'agent Adam a rencontré Kirkus qui l'a conduit à la maison de l'appelant. Kirkus a présenté l'agent Adam à l'appelant. L'agent Adam a témoigné que Kirkus a demandé à l'appelant s'il avait des stupéfiants et celui-ci, à qui Kirkus avait dit qu'une demi-livre de marijuana serait achetée, a déclaré qu'il [TRADUCTION] «vendait la livre 1 900 \$». L'agent Adam a

Constable Adam testified that he told the appellant he could not afford to buy a half-pound at that time and it was arranged that the appellant and the officer meet again on March 18. At some point during the discussion Constable Adam picked up a plastic bag containing approximately half an ounce of marijuana. Constable Adam inquired as to the amount and price and the appellant sold this package to Constable Adam at that time. The appellant was not charged with any offence as a result of this transaction.

As arranged, the appellant met with Constable Adam on March 18 and while driving in his car the appellant pulled out a bag containing three individually packaged half-pounds of marijuana. The two men discussed prices and Adam had the appellant stop so that Adam could obtain an additional \$100 needed to buy one of the half-pounds. At this time the appellant, upon being asked by Constable Adam, indicated that he could supply cocaine, "red hair" (marijuana) and he stated that he had been dealing for years and was lucky to find some really good sources. The agreed to transaction was then completed.

Constable Adam testified that he phoned the appellant on April 13, and the appellant phoned him the next day, and the two met on the 15th. Constable Adam gave evidence that a further drug transaction was set up and the appellant took him to the residence of a Scott Muirhead. The appellant introduced them and then left. A transaction involving five pounds of marijuana was concluded between Muirhead and the undercover officer. The appellant was not charged with respect to this sale although Muirhead was.

The appellant testified that he and Wade Kirkus were friends and they had known each other for approximately seven years. He had not heard from him for about six months when he received a phone call on March 6, 1982. Kirkus told him he had a friend who was interested in buying marijuana and who was willing to pay a "lot of money". The appellant says he told Kirkus he was not really interested and, while he may know someone, he was not willing to get involved.

témoigné avoir dit à l'appellant qu'il n'était pas en mesure d'acheter une demi-livre à ce moment-là et une nouvelle rencontre entre l'appellant et l'agent a été fixée au 18 mars. Au cours de la discussion, l'agent Adam a soulevé un sac de plastique contenant approximativement une demi-once de marijuana. Il s'est informé de la quantité et du prix et l'appellant lui a alors vendu ce paquet. L'appellant n'a été accusé d'aucune infraction par suite de cette opération.

Comme convenu, l'appellant et l'agent Adam se sont rencontrés le 18 mars et, alors qu'il conduisait son véhicule, l'appellant a sorti un sac contenant trois paquets d'une demi-livre de marijuana enveloppés séparément. Les deux hommes ont discuté de prix et Adam a fait s'arrêter l'appellant en vue d'obtenir les 100 \$ supplémentaires nécessaires à l'achat d'une des demi-livres. À ce moment, l'appellant, en réponse à une demande de l'agent Adam, a indiqué qu'il pouvait obtenir de la cocaïne et du «red hair» (marijuana) et déclaré qu'il faisait affaires depuis des années et qu'il avait la chance de trouver de très bonnes sources d'approvisionnement. Ils ont alors conclu l'opération convenue.

L'agent Adam a témoigné avoir téléphoné à l'appellant le 13 avril, que celui-ci l'a rappelé le lendemain et qu'ils se sont rencontrés le 15. L'agent Adam a déclaré dans son témoignage qu'une autre opération concernant des stupéfiants a été organisée et que l'appellant l'a amené à la résidence d'un certain Scott Muirhead. L'appellant les a présentés puis les a quittés. L'agent provocateur et Muirhead ont conclu une opération concernant cinq livres de marijuana. L'appellant n'a pas été accusé à l'égard de cette opération bien que Muirhead l'ait été.

L'appellant a témoigné que Wade Kirkus et lui étaient des amis et qu'ils se connaissaient depuis à peu près sept ans. Il y avait quelque six mois qu'il n'avait plus eu de ses nouvelles lorsqu'il a reçu un appel téléphonique le 6 mars 1982. Kirkus lui a dit qu'il avait un ami intéressé à acheter de la marijuana et prêt à payer [TRADUCTION] «beaucoup d'argent». L'appellant affirme avoir dit à Kirkus qu'il n'était pas vraiment intéressé et que, bien qu'il ait été possible qu'il connaisse quelqu'un, il ne voulait pas s'en mêler.

The next day Kirkus called and repeated his request. The appellant again said he was not interested and he asked Kirkus how much money was involved. Kirkus told him that his friend was willing to buy ten to fifteen pounds. The appellant says he told Kirkus "you are talking to the wrong guy". Kirkus then asked for about a half-pound. The appellant agreed to ask around for him and told Kirkus to phone him back.

The appellant asked a friend but that person did not want to deal with Kirkus. When Kirkus phoned back, he said he was unable to assist him. Then Kirkus asked if the appellant could please help him out "just this once". The appellant then asked about Kirkus' friend and Kirkus again stressed the profit they would both make and the appellant said he would have to think about it. Similar conversations initiated by Kirkus occurred the next two nights and Kirkus emphasized that his friend might be getting impatient. The appellant suggested that he meet Kirkus' friend and if he thought he was "okay" he would try and arrange a meeting between his friend and the undercover officer.

The next day Kirkus phoned twice to see whether the appellant had made the arrangements and the appellant said he was too busy and unable to reach his friend and he agreed to check the next day. That following day Kirkus phoned and the appellant said he still had not reached his friend. Kirkus asked how long it would take and the appellant told him to call back in an hour. When Kirkus called, the appellant told him he could bring the officer to the appellant's home on Monday, March 15. Kirkus said his friend, Constable Adam, had approximately \$1,000 to spend.

The appellant gave evidence that he had never sold marijuana to anyone before and he made the following statement when asked what was going on in his mind as the phone calls from Kirkus continued:

A: He was calling me every day. He would talk to me, and I told him I didn't think so, and I didn't know, and I would check it, and I started telling

Kirkus a rappelé l'appelant le lendemain et réitéré sa demande. L'appelant a répété ne pas être intéressé et a demandé à Kirkus pour combien il y en avait. Kirkus lui a dit qu'un ami était prêt à acheter dix à quinze livres. L'appelant affirme avoir dit à Kirkus [TRADUCTION] «tu t'adresses au mauvais gars». Kirkus s'est alors informé du prix d'une demi-livre. L'appelant a accepté de s'informer autour de lui et a dit à Kirkus de le rappeler.

L'appelant s'est adressé à un ami mais celui-ci ne voulait pas faire affaires avec Kirkus. Lorsque Kirkus a rappelé, l'appelant a déclaré ne pas pouvoir l'aider. Kirkus lui a alors demandé s'il pouvait l'aider [TRADUCTION] «juste cette fois-ci». L'appelant s'est alors informé de l'ami de Kirkus et celui-ci a de nouveau insisté sur le profit qu'ils en tireraient tous les deux et l'appelant a déclaré qu'il y réfléchirait. Kirkus a tenu des propos semblables au cours des deux soirs suivants et souligné que son ami commencerait peut-être à s'impatienter. L'appelant a proposé de rencontrer l'ami de Kirkus et s'il le jugeait [TRADUCTION] «correct», il essaierait d'organiser une rencontre entre son ami et l'agent provocateur.

Le lendemain, Kirkus a téléphoné à deux reprises pour savoir si l'appelant avait fait les arrangements et celui-ci lui a répondu qu'il était trop occupé, qu'il était incapable de rejoindre son ami et a convenu d'essayer encore le lendemain. Kirkus l'a rappelé le jour suivant et l'appelant lui a dit qu'il n'avait toujours pas rejoint son ami. Kirkus lui a demandé combien de temps cela prendrait et l'appelant lui a dit de le rappeler dans une heure. Lorsque Kirkus a rappelé, l'appelant lui a dit qu'il pouvait conduire l'agent au domicile de l'appelant le lundi 15 mars. Kirkus a déclaré que son ami, l'agent Adam, avait approximativement 1 000 \$ à dépenser.

L'appelant a déclaré dans son témoignage qu'il n'avait jamais vendu de marijuana à qui que ce soit auparavant et voici ce qu'il a déclaré lorsqu'on lui a demandé ce à quoi il pensait à l'époque des appels téléphoniques répétés de Kirkus:

[TRADUCTION]

R: Il m'appelait tous les jours. Il me parlait et je lui ai dit que je ne pensais pas, que je ne savais pas, que je m'informerai et j'ai commencé à lui dire

him I would call him back, and I never did. I never checked it, and finally it just got to be a bit of a problem, him calling me every day.

Q: Why weren't you checking it?

A: Because I wasn't interested in doing it.

Q: And what did you think would happen?

A: I thought he would maybe find someone else to deal with and he might stop calling me. I was hoping that he would work it out himself.

Then the appellant contacted Scott Muirhead who supplied him with three separately wrapped half-pounds of marijuana. The appellant did not pay for them but arranged to share the proceeds with Muirhead with the appellant earning \$250 on the sale of one half-pound. The appellant explained why he had two extra half-pounds in the following manner:

Well, Scott gave me more than one-half pound, and I asked him why he was giving me more, and he told me, well, maybe the guy will like it and take more. It would just be more money for you, you are doing it now, so, you know, a few more dollars for you would be even better. I just—I didn't say—I couldn't say no. He just asked if there was a problem and I told him, no, I guess not.

The appellant was asked why he sold the half-pound on the 18th, following the first meeting with Constable Adam. He stated:

Well, there is a various number of reasons. It was a combination of reasons, I guess. Ward [Kirkus] was a very good friend of mine at the time. He was persistently calling me, and the money was a factor. I just couldn't say no to a friend, who really wanted me to help him out. He sounded, not desperate, but almost desperate to the point where, you know, you've got to help me out just this once. So, his persistence, or his constant calling didn't stop, so I really didn't have the will to say no to a friend. So, I did it just the once.

The appellant insisted that the reason why he acted as if he knew about drugs and sources in his interactions with Constable Adam was because Muirhead told him to "talk big" and to appear like a drug dealer so as to impress the Constable and that he just did what Muirhead told him to do. In cross-examination, the following exchange took place which provides a useful summary of the appellant's position:

que je le rappellerais et je ne l'ai jamais fait. Je ne me suis jamais informé et finalement ses appels de tous les jours ont commencé à m'ennuyer.

Q: Pourquoi ne vous informiez-vous pas?

R: Parce que je n'étais pas intéressé à le faire.

Q: Et que croyiez-vous qui allait se produire?

R: J'ai cru qu'il trouverait quelqu'un d'autre avec qui faire affaires et qu'il cesserait de m'appeler. J'espérais qu'il s'arrangerait seul.

L'appelant a alors communiqué avec Scott Muirhead qui lui a fourni trois paquets d'une demi-livre de marijuana enveloppés séparément. L'appelant n'a rien payé mais a convenu de partager les profits avec Muirhead, l'appelant obtenant 250 \$ de la vente d'une demi-livre. Voici comment l'appelant a expliqué avoir deux demi-livres supplémentaires:

[TRADUCTION] Bien, Scott m'a remis plus d'une demi-livre et je lui ai demandé pourquoi et il m'a répondu, bien, peut-être que le gars va aimer ça et en voudra d'autre. Ça ferait seulement plus d'argent pour toi, tu le fais maintenant, alors, tu sais, quelques dollars de plus pour toi seraient même mieux. J'ai juste—je n'ai pas dit—je ne pouvais pas dire non. Il a seulement demandé s'il y avait un problème et je lui ai dit, non, je pense pas.

On a demandé à l'appelant pourquoi il avait vendu la demi-livre le 18, à la suite de la première rencontre avec l'agent Adam. Il a déclaré:

[TRADUCTION] Bien, il y a plusieurs raisons différentes. C'était une combinaison de raisons, j'imagine. Ward [Kirkus] était un très bon ami à moi à l'époque. Il m'appelait constamment et l'argent était un facteur. Je ne pouvais tout simplement pas dire non à un ami qui voulait vraiment que je l'aide à s'en sortir. Il avait l'air, pas désespéré, mais presque désespéré au point où, tu sais, tu dois m'aider à m'en sortir juste cette fois-ci. Alors, son insistance, ses appels continuels n'ont pas arrêté, alors, je n'avais vraiment pas le courage de dire non à un ami. Alors, je l'ai fait juste cette fois.

L'appelant a insisté sur le fait qu'il avait agi comme s'il connaissait le milieu de la drogue et les sources d'approvisionnement au cours de ses échanges avec l'agent Adam parce que Muirhead lui avait dit «d'avoir l'air important» et de se présenter comme un trafiquant de drogues pour impressionner l'agent et qu'il n'a fait que ce que Muirhead lui a dit de faire. L'échange suivant qui a eu lieu au cours du contre-interrogatoire constitue un résumé utile de la situation de l'appelant:

Q: So, to sum up, you really got talked into this, is that what you are saying, by Kirkus and Muirhead?

A: Well, I was beginning—it was beginning to be a problem with them calling me all the time, you know. He was a friend. He sounded like he needed help, and it was a one-shot deal, so I did it for a friend, a good friend.

Q: But you got \$250 out of it?

A: I did get some money for it, yes. That wasn't the main reason, though.

Decisions of the Courts Below

Catliff Co. Ct. J. ruled that the Crown bore the onus of proving the absence of entrapment beyond a reasonable doubt and concluded: "in this case there is no evidence that satisfies me of entrapment, and further, that the Crown has proved beyond a reasonable doubt that the accused was not entrapped into committing this offence". The trial judge accepted the testimony of the appellant that the calls between him and Kirkus took place, and that he was initially hesitant and told Kirkus he "had the wrong guy" when Kirkus asked about a sale of ten to fifteen pounds of marijuana.

Catliff Co. Ct. J. noted that the appellant had plenty of chances to avoid committing the offence. He refused to give credit to the appellant's argument that he did it because of an obligation to a friend. Catliff Co. Ct. J. characterized this as a submission which "amounts almost to saying he was entrapped by friendship". The appellant was not, in the words of Ritchie J. in *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418, at p. 473, the subject of "police tactics [which] are such as to leave no room for the formation of independent criminal intent".

Catliff Co. Ct. J. then referred to the passage from the opinion of Estey, J. in *Amato, supra*, at p. 446, where Estey, J. stated that the offence must be "instigated, originated or brought about by the police and the accused must be ensnared into the commission of that offence by the police conduct". He concluded that the facts did not, "by

[TRADUCTION]

Q: Enfin, pour résumer, Kirkus et Muirhead ont vraiment réussi à vous convaincre, c'est ce que vous dites?

R: Bien, je commençais . . . leurs appels continuels commençaient à m'ennuyer, vous savez. C'était un ami. Il avait l'air de quelqu'un qui avait besoin d'aide et c'était pour une seule fois, alors je l'ai fait pour un ami, un bon ami.

Q: Mais vous en avez tiré 250 \$?

R: J'ai reçu de l'argent, oui. Mais ce n'était pas la principale raison.

Décisions des tribunaux d'instance inférieure

Le juge Catliff a décidé qu'il incombait à la poursuite d'établir l'absence de provocation policière hors de tout doute raisonnable et a conclu: [TRADUCTION] «dans cette affaire, aucun élément de preuve ne me convainc qu'il y a eu provocation policière et, de plus, la poursuite a prouvé hors de tout doute raisonnable que le prévenu n'a pas été incité à commettre cette infraction». Le juge du procès a accepté le témoignage de l'appellant qu'il y avait eu des appels entre Kirkus et lui, que l'appellant avait d'abord hésité et dit à Kirkus qu'il [TRADUCTION] «s'adressait au mauvais gars» lorsque celui-ci s'était informé au sujet de la vente de dix à quinze livres de marijuana.

Le juge Catliff a signalé que l'appellant a eu suffisamment de possibilités d'éviter de commettre l'infraction. Il a refusé d'accorder foi à l'argument de l'appellant selon lequel il avait agi par obligation envers un ami. Le juge Catliff a dit qu'il s'agissait d'une prétention qui [TRADUCTION] «revient presque à dire qu'il avait été provoqué par l'amitié». Selon les termes du juge Ritchie dans l'arrêt *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418, à la p. 473, l'appellant n'avait pas été l'objet de «tactiques de la police [qui] ne laissent pas de place à la formation d'une intention criminelle indépendante».

Le juge Catliff a alors mentionné un passage de l'opinion du juge Estey dans l'arrêt *Amato*, précité, à la p. 446 où le juge Estey a affirmé que l'infraction doit être «provoquée, amorcée ou occasionnée par la police dont la conduite doit inciter l'accusé à commettre l'infraction». Il a conclu que les faits n'avaient pas, [TRADUCTION] «malgré

any stretch of the imagination”, support the existence of this requirement. He referred to the appellant’s demonstrated familiarity with drugs and then made the following statement respecting the conversation between the appellant and the undercover officer at the time of the sale on March 18:

I would say that from taking that conversation at face value, there was a predisposition on his part to commit the offence. The accused says he was only boasting, and had been told by his friend, Scott, to act as though he were a drug dealer. I discount that, and do not accept that explanation. I see no reason why on earth, if the accused was feeling obliged out of the pressures of friendship to sell drugs to Adam, that he would feel the need to boast falsely in the way that he did.

Other circumstances noted by the judge as showing that the appellant was not ensnared were the fact that the appellant had brought additional drugs with a view to sell if the occasion arose, and the fact that he arranged to meet Constable Adam in his apartment, and having met him, came to an independent decision to sell him drugs.

MacFarlane J.A. on behalf of the Court of Appeal confirmed the decision of that Court in *R. v. Mack* (1985), 49 C.R. (3d) 169, to the effect that: (a) entrapment is available as a defence, but only as an aspect of abuse of process; (b) the issue of entrapment is a question of law for the judge alone; and (c) the accused has the onus of establishing entrapment on a balance of probabilities.

The Court was of the view that although the trial judge erred with respect to the onus and standard of proof, that error was favourable to the appellant, and an application of the proper approach would not have produced a different result. MacFarlane J.A. also held there was evidence to support the trial judge’s findings of fact and these facts did not justify a conclusion that there was entrapment. He concluded that the appellant had not established entrapment on a balance of probabilities and, therefore, dismissed the appeal.

tout effort d’imagination», confirmé l’existence de cette condition. Il a mentionné la bonne connaissance des drogues dont l’appellant avait fait preuve et il a alors fait la déclaration suivante au sujet de la conversation que l’appellant et l’agent provocateur avaient eu au moment de la vente du 18 mars:

[TRADUCTION] En examinant cette conversation à première vue, je dirais qu’un élément chez lui le prédisposait à commettre l’infraction. L’accusé affirme qu’il ne faisait que se vanter et qu’un ami, Scott, lui avait dit d’agir comme s’il était un trafiquant de drogues. Je ne tiens pas compte de cela et n’accepte pas cette explication. Je ne vois aucune raison au monde pour laquelle, si le prévenu se sentait obligé en raison des pressions de l’amitié de vendre de la drogue à Adam, il aurait jugé nécessaire de se vanter faussement comme il l’a fait».

D’autres circonstances signalées par le juge qui démontrent que l’appellant n’a pas été incité à commettre l’infraction sont le fait que l’appellant avait apporté plus de drogue en vue d’en vendre si l’occasion se présentait et le fait qu’il s’était arrangé pour rencontrer l’agent Adam dans son appartement et que, l’ayant rencontré, il avait décidé de façon indépendante de lui vendre de la drogue.

En Cour d’appel le juge MacFarlane a confirmé au nom de celle-ci la décision *R. v. Mack* (1985), 49 C.R. (3d) 169, rendue par cette même cour, selon laquelle: a) le moyen de défense de la provocation policière n’existe que comme aspect de l’abus de procédures; b) la provocation policière est une question de droit qui ne relève que du juge; et c) le prévenu a l’obligation d’établir l’existence de la provocation policière selon la prépondérance des probabilités.

La Cour était d’avis que, bien que le juge du procès ait commis une erreur quant au fardeau et à la norme de preuve, cette erreur favorisait l’appellant et l’application de la bonne interprétation n’aurait pas entraîné un résultat différent. Le juge MacFarlane a également conclu que des éléments de preuve appuyaient les conclusions de fait du juge de première instance et que ces faits ne permettaient pas de conclure à l’existence d’une provocation policière. Il a conclu que l’appellant n’avait pas établi l’existence de la provocation policière selon une prépondérance des probabilités et, par conséquent, il a rejeté l’appel.

Analysis

In *Mack, supra*, I outlined the proper approach to the doctrine of entrapment. I agree with the Court of Appeal in the present case that had the trial judge correctly applied the onus and standard of proof, the result would be the same. The appellant has not demonstrated that the conduct of the police, viewed objectively, constitutes entrapment.

Firstly, it is clear that the police acted on reasonable suspicion and they were fully entitled to provide the appellant with an opportunity to commit the offence. The issue is, therefore: "have the police gone further than providing an opportunity and instead employed tactics designed to induce someone into the commission of an offence?" (*Mack, supra*, at p. 959).

The offence of drug trafficking is, as was noted in *Mack, supra*, one which is especially difficult to detect and the use of undercover agents and informers — like Kirkus in the present case — is common and necessary. There has been no exploitation of a close personal relationship between Kirkus and the appellant. If the police were unable to rely on the existing connections and associations between people in the narcotics business they would be unduly hampered in their efforts at detecting crime and preventing further criminal activity. Certainly there was an appeal to the appellant because of his friendship with Kirkus but it was not unduly exploitive and nor was the dignity of their relationship violated. This alone is not sufficient to establish the defence in the absence of any other factors.

The number of phone calls made by Kirkus occurred over a very short time span and as described by the appellant himself, consist generally of appeals to the profit they could each make by getting involved. Obviously the average narcotic supplier is not going to respond at the very first phone call and it would not be unusual for there to be a number of contacts made before a deal is arranged. I do not, therefore, find the fact that

Analyse

Dans l'arrêt *Mack*, précité, j'ai exposé comment aborder la doctrine de la provocation policière. Je suis d'accord avec la Cour d'appel en l'espèce que, si le juge de première instance avait correctement appliqué le fardeau et la norme de preuve, le résultat aurait été le même. L'appelant n'a pas établi que la conduite des policiers, examinée objectivement, constituait de la provocation policière.

Premièrement, il est clair que les policiers ont agi sur la foi d'un doute raisonnable et qu'il leur était tout à fait permis de fournir à l'appelant une occasion de commettre l'infraction. La question en litige est donc la suivante: «les policiers se sont-ils contentés de fournir une occasion de commettre une infraction, en employant des techniques conçues pour inciter à la commettre, ou sont-ils allés plus loin?» (*Mack*, précité, à la p. 959).

L'infraction que constitue le trafic de stupéfiants est, comme je l'ai souligné dans l'arrêt *Mack*, précité, une infraction particulièrement difficile à déceler et le recours à des agents provocateurs et à des indicateurs—comme Kirkus en l'espèce—est courant et nécessaire. Il n'y a pas eu exploitation d'une relation personnelle intime entre Kirkus et l'appelant. Si les policiers ne pouvaient s'appuyer sur les relations et associations existantes entre les gens du milieu de la drogue, leurs efforts pour dépister les crimes et prévenir d'autres activités criminelles seraient indûment entravés. Certes, on a eu recours à l'appelant en raison de son amitié pour Kirkus, mais cela ne constituait pas de l'exploitation indue et la dignité de leur relation n'a pas été violée. En l'absence d'autres facteurs, cela ne peut suffire pour faire droit au moyen de défense.

Le nombre d'appels téléphoniques effectués par Kirkus ont eu lieu dans un très court laps de temps et, comme le décrivait l'appelant lui-même, ils portaient généralement sur le profit que chacun pouvait tirer de sa participation. De toute évidence, le fournisseur de stupéfiants moyen n'acquiescera pas dès le premier appel et il ne serait pas inhabituel que plusieurs contacts aient lieu avant qu'un marché soit conclu. Par conséquent,

Kirkus had to phone the appellant a number of times to be significant especially given the content of these calls and the short number of days involved. I have no doubt that the average person would not be induced into the commission of an offence as a result of this conduct.

In short, there are none of the circumstances which existed in *Mack, supra*, or which have been identified in that judgment as factors which may lead to a conclusion that the police conduct has gone beyond the limits that our society deems proper. I would, therefore, dismiss this appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Jackson & Westlake, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Frank Iacobucci, Ottawa.

j'estime que le fait que Kirkus ait dû appeler l'appelant plusieurs fois n'est pas déterminant compte tenu particulièrement de la teneur de ces appels et du peu de jours visés. Je suis certain que la personne moyenne ne serait pas incitée à commettre une infraction par suite de cette conduite.

Bref, il n'existe, en l'espèce, aucune des circonstances présentes dans l'affaire *Mack*, précitée, ou identifiées dans cet arrêt comme facteurs permettant de conclure que les policiers, par leur conduite, sont allés au-delà des limites que notre société estime justifiables. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter ce pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Jackson & Westlake, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Frank Iacobucci, Ottawa.

Norman Lee Mack Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. V. MACK

File No.: 19747.

1987: December 10; 1988: December 15.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Defences — Entrapment — Trafficking conviction — Accused once an addict but had given up narcotics — Police informer persistently requesting accused to sell drugs over lengthy period of time — Informer threatening accused and offering large monetary inducement — Whether or not stay of proceedings should issue on basis of entrapment — Manner in which entrapment claim should be dealt with by the Courts.

Appellant testified at his trial for drug trafficking and, at the close of his defence, brought an application for a stay of proceedings on the basis of entrapment. His testimony indicated that he had persistently refused the approaches of a police informer over the course of six months, and that he was only persuaded to sell him drugs because of the informer's persistence, his use of threats, and the inducement of a large amount of money. Appellant testified that he had had a drug habit but that he had given up his use of narcotics. The application for a stay was refused and appellant was convicted of drug trafficking. The Court of Appeal dismissed an appeal from that conviction. The central issue here concerns the conceptual basis of the doctrine of entrapment and the manner in which an entrapment claim should be dealt with by the courts.

Held: The appeal should be allowed.

Entrapment occurs when (a) the authorities provide a person with an opportunity to commit an offence without acting on a reasonable suspicion that this person is already engaged in criminal activity or pursuant to a *bona fide* inquiry, and, (b) although having such a reasonable suspicion or acting in the course of a *bona fide* inquiry, they go beyond providing an opportunity and induce the commission of an offence. It is essential

* Estey and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

Norman Lee Mack Appellant

c.

Sa Majesté La Reine Intimée^a

RÉPERTORIÉ: R. C. MACK

N° du greffe: 19747.

1987: 10 décembre; 1988: 15 décembre.

^b

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA

^c

COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel — Moyens de défense — Provocation policière — Déclaration de culpabilité de trafic de drogues — Ancien toxicomane — Insistance prolongée d'un indicateur de police pour que l'accusé vende des drogues — Menaces de l'indicateur contre l'inculpé et offre d'une importante somme d'argent — Y a-t-il lieu à suspension d'instance pour cause de provocation policière? — Manière dont les tribunaux doivent traiter une allégation de provocation policière.

^e

L'appellant a témoigné à son procès pour trafic de drogues et, au moment de clore sa défense, il a demandé une suspension d'instance pour cause de provocation policière. Son témoignage indique qu'il a refusé systématiquement les offres d'un indicateur de police pendant six mois et qu'il n'a été persuadé de lui vendre des drogues qu'à cause de la persistance de l'indicateur, de ses menaces et de l'offre d'une importante somme d'argent. L'appellant a témoigné qu'il avait déjà consommé des stupéfiants mais qu'il en avait cessé toute consommation. La demande de suspension d'instance a été rejetée et l'appellant déclaré coupable de trafic de drogues. La Cour d'appel a rejeté l'appel de cette déclaration de culpabilité. Le point central de ce pourvoi porte sur le fondement conceptuel de la doctrine de la provocation policière et sur la manière dont les tribunaux doivent traiter une allégation de provocation policière.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Il y a provocation policière lorsque a) les autorités fournissent à une personne l'occasion de commettre une infraction sans pouvoir raisonnablement soupçonner que cette personne est déjà engagée dans une activité criminelle, ni se fonder sur une véritable enquête, et b) quoi qu'elles aient ce doute raisonnable ou qu'elles agissent au cours d'une véritable enquête, les autorités font plus que fournir une occasion et incitent à perpétrer une

* Les juges Estey et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

that the factors relied on by a court relate to the underlying reasons for the recognition of the doctrine in the first place.

The doctrine of entrapment is not dependant upon culpability and the focus, therefore, should not be on the effect of the police conduct on the accused's state of mind. As far as possible, an objective assessment of the conduct of the police and their agents is required. The predisposition, or the past, present or suspected criminal activity of the accused, is relevant only as a part of the determination of whether the provision of an opportunity by the authorities to the accused to commit the offence was justifiable. Further, there must be sufficient connection between the accused's past conduct and the provision of an opportunity, since otherwise the police suspicion will not be reasonable. While the accused's predisposition is of some relevance, albeit not conclusive, in assessing initial approach by the police of a person with the offer of an opportunity to commit an offence, it is never relevant as regards whether they went beyond an offer, since that is to be assessed with regard to what the average non-predisposed person would have done.

The absence of a reasonable suspicion or a *bona fide* inquiry is significant in assessing the conduct of the police because of the risk that the police will attract people otherwise without involvement in a crime and because it is not a proper use of the police power to randomly test the virtue of people. The presence of reasonable suspicion or the mere existence of a *bona fide* inquiry will, however, never justify entrapment techniques: the police may not go beyond providing an opportunity regardless of their perception of the accused's character and regardless of the existence of an honest inquiry.

The following factors may be considered in determining if the police have gone further than providing an opportunity: (1) the type of crime being investigated and the availability of other techniques for the police detection of its commission; (2) whether an average person, with both strengths and weaknesses, in the position of the accused would be induced into the commission of a crime; (3) the persistence and number of attempts made by the police before the accused agreed to committing the offence; (4) the type of inducement used by the police including: deceit, fraud, trickery or reward; (5) the timing of the police conduct, in particular whether the police have instigated the offence or became involved in ongoing criminal activity; (6) whether the police conduct involves an exploitation of human characteristics such as the emotions of compassion, sympathy

infraction. Il est essentiel que les facteurs retenus par une cour se rapportent aux raisons sous-jacentes qui permettent d'abord de reconnaître la doctrine.

La doctrine de la provocation policière ne dépend pas de la culpabilité et il ne faut pas axer l'analyse sur l'effet de la conduite de la police sur l'état d'esprit de l'inculpé. Autant que possible, une évaluation objective de la conduite de la police et de ses agents est requise. La predisposition, ou l'activité criminelle passée, présente ou soupçonnée de l'inculpé ne sont pertinentes qu'à titre d'éléments permettant de déterminer si l'occasion de commettre l'infraction fournie par les autorités à l'inculpé est justifiable. En outre, il doit y avoir un rapport suffisant entre la conduite passée de l'inculpé et l'occasion offerte puisque, autrement, le soupçon de la police ne serait pas raisonnable. Quoique, sans être concluante, la predisposition de l'inculpé ait une certaine pertinence relativement à l'évaluation de la façon dont la police a initialement abordé une personne en lui offrant une occasion de commettre une infraction, elle n'est jamais pertinente pour déterminer si la police est allée au-delà d'une offre, puisqu'il faut l'évaluer en fonction de ce qu'une personne moyenne, non prédisposée, aurait fait.

L'absence de soupçon raisonnable ou d'une véritable enquête est significative pour évaluer la conduite de la police, en raison du danger que la police entraîne des gens qui autrement n'auraient été impliqués dans aucun crime et parce qu'il ne convient pas d'avoir recours à la force policière simplement pour éprouver au hasard la vertu des gens. La présence d'un soupçon raisonnable ou la simple existence d'une véritable enquête ne justifiera cependant jamais les techniques de provocation policière: les forces policières ne doivent jamais faire autre chose que d'offrir une occasion, indépendamment de leur perception de la moralité de l'inculpé et de l'existence d'une enquête honnête.

On peut tenir compte des facteurs suivants pour déterminer si la police a fait autre chose que d'offrir une occasion: (1) le genre de crime qui fait l'objet de l'investigation et la disponibilité d'autres techniques pour la détection par la police de sa perpétration; (2) si l'individu moyen, avec ses points forts et ses faiblesses, dans la situation de l'inculpé, aurait été incité à commettre un crime; (3) la persistance et le nombre de tentatives faites par la police avant que l'inculpé n'accepte de commettre une infraction; (4) le genre d'incitations utilisées par la police, y inclus: la tromperie, la fraude, la supercherie ou la récompense; (5) le moment où se situe la démarche de la police, en particulier si la police a déjà fait enquête au sujet de l'infraction ou si elle intervient alors que l'activité criminelle est en cours; (6) si la démarche de la police présuppose l'exploitation d'émotions humaines,

and friendship; (7) whether the police appear to have exploited a particular vulnerability of a person such as a mental handicap or a substance addiction; (8) the proportionality between the police involvement, as compared to the accused, including an assessment of the degree of harm caused or risked by the police, as compared to the accused, and the commission of any illegal acts by the police themselves; (9) the existence of any threats, implied or express, made to the accused by the police or their agents; (10) whether the police conduct is directed at undermining other constitutional values. This list is not exhaustive.

Entrapment is not a substantive or culpability-based defence and the adoption of rules which historically, and by virtue of the *Charter*, conform to most substantive defences is neither necessary nor correct.

Objective entrapment involving police misconduct, and not the accused's state of mind, is a question to be decided by the trial judge, and the proper remedy is a stay of proceedings.

The issue of entrapment should be decided by the trial judge, as opposed to jury, for policy reasons. A judge should consider the question from the perspective of a reasonable person, dispassionate and fully apprised of all the circumstances, and the reasonable person is usually the average person in the community but only when that community's current mood is reasonable. The issue is maintaining respect for the values which, over the long term, hold the community together. One of those very fundamental values is the preservation of the purity of the administration of justice. A judge is particularly well suited to make this determination. Then, too, the determination of whether the admission of evidence obtained in violation of a *Charter* right would bring the administration of justice into disrepute is one which should be made by a trial judge. If one of the advantages of allowing claims of entrapment is the development of standards of conduct on the part of the state, it is essential that decisions on entrapment, and those allowing the claim especially, be carefully explained so as to provide future guidance; this is not something the jury process lends itself to.

Before a judge considers whether a stay of proceedings lies because of entrapment, it must be absolutely clear that the Crown has discharged its burden of proving beyond a reasonable doubt that the accused had committed all the essential elements of the offence. If

telles la compassion, la sympathie et l'amitié; (7) si la police paraît avoir exploité une vulnérabilité particulière d'une personne, comme un handicap mental ou l'accoutumance à une substance particulière; (8) la proportionnalité de l'implication de la police, comparée à celle de l'inculpé, y compris une évaluation du degré du dommage causé ou risqué par la police, en comparaison de celui de l'inculpé, et la perpétration de tout acte illégal par les policiers eux-mêmes; (9) l'existence de menaces, tacites ou expresses, proférées envers l'inculpé par la police ou ses agents; (10) si la conduite de la police cherche à saper d'autres valeurs constitutionnelles. Cette énumération n'est pas exhaustive.

La provocation policière n'est ni un moyen de défense au fond ni fondé sur la culpabilité et l'adoption de règles qui, historiquement et en vertu de la *Charte*, sont conformes à la plupart des moyens de défense au fond n'est ni nécessaire ni fondée.

La provocation policière objective, mettant en cause une conduite irrégulière de la police et non l'état d'esprit de l'inculpé, est une question qui relève du juge du procès, et le recours approprié est la suspension d'instance.

Pour des raisons de principe, la question de la provocation policière doit être tranchée par le juge du procès, et non par un jury. Un juge doit considérer la question dans la perspective d'une personne raisonnable, objective et bien informée de toutes les circonstances, et la personne raisonnable est habituellement la personne moyenne dans la société, mais uniquement lorsque l'humeur courante de la société est raisonnable. La question est de préserver le respect des valeurs qui, à long terme, assurent la cohésion de la collectivité. L'une de ces valeurs les plus fondamentales est la préservation de l'intégrité de l'administration de la justice. Un juge est particulièrement en mesure de prendre cette décision. Alors, également, la question de savoir si l'admission d'éléments de preuve obtenus en violation d'un droit reconnu par la *Charte* peut déconsidérer l'administration de la justice doit être tranchée par le juge du procès. Si la reconnaissance de la provocation policière a parmi d'autres avantages celui de l'élaboration de normes de comportement pour l'État, il est essentiel que les décisions en matière de provocation policière, particulièrement celles qui accueillent le moyen de défense, soient soigneusement expliquées afin de servir de guide à l'avenir; le recours au jury ne se prête guère à cela.

Avant qu'un juge se demande s'il y a lieu à suspension d'instance pour cause de provocation policière, il doit être absolument clair que le ministère public s'est déchargé de son fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable que l'inculpé a commis tous les éléments

this is not clear and there is a jury, the guilt or innocence of the accused must be determined apart from evidence which is relevant only to the issue of entrapment. This protects the right of an accused to an acquittal where the circumstances so warrant. If the jury decides the accused has committed all of the elements of the crime, it is then open to the judge to stay the proceedings because of entrapment by refusing to register a conviction. Because the guilt or innocence of the accused is not in issue at the time an entrapment claim is to be decided, the right of an accused to the benefit of a jury trial in s. 11(f) of the *Charter* is in no way infringed.

The requirement that the accused prove entrapment on a balance of probabilities is not inconsistent with the requirement that the Crown prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt. The guilt or innocence of the accused is not in issue. The accused has done nothing to warrant an acquittal; the Crown, however, has engaged in conduct, however, that disentitles it to a conviction. Requiring an accused to raise only a reasonable doubt is entirely inconsistent with a rule which permits a stay in only the "clearest of cases". More fundamentally, the claim of entrapment is a very serious allegation against the state. To place a lighter onus on the accused would unnecessarily hamper state action against crime. The interests of the court, as guardian of the administration of justice, and the interests of society in the prevention and detection of crime can be best balanced if the accused is required to demonstrate by a preponderance of evidence that the prosecution is an abuse of process because of entrapment. This is consistent with the rules governing s. 24(2) applications where the general issue is similar to that raised in entrapment cases: would the administration of justice be brought into disrepute?

The defence of entrapment is to be recognized in only the "clearest of cases": this description is preferable to the term "shocking and outrageous". Once the accused has demonstrated that the strategy used by the police goes beyond acceptable limits, a judicial condonation of the prosecution would by definition offend the community. It is not necessary to go further and ask whether the demonstrated entrapment would "shock" the community, since the accused has already shown that the administration of justice has been brought into disrepute.

essentiels de l'infraction. Si cela n'est pas clair et qu'il y ait un jury, la culpabilité ou l'innocence de l'inculpé doit être établie indépendamment des preuves qui ne portent que sur la question de la provocation policière. Cela protège le droit de l'inculpé à un acquittement lorsque les circonstances le justifient. Si le jury décide que l'inculpé a commis tous les éléments du crime, libre alors au juge de suspendre l'instance pour cause de provocation policière, en refusant de prononcer une déclaration de culpabilité. Comme la culpabilité ou l'innocence de l'inculpé n'est pas en cause au moment où il est statué sur l'allégation de provocation policière, le droit de l'inculpé à un procès par jury garanti par l'al. 11f) de la *Charte* n'est en aucune manière enfreint.

L'exigence qui impose à l'inculpé la charge de prouver la provocation policière suivant la prépondérance des probabilités n'est pas incompatible avec l'exigence que le ministère public prouve la culpabilité de l'inculpé hors de tout doute raisonnable. La culpabilité ou l'innocence de l'inculpé ne sont pas en cause. L'inculpé n'a rien fait qui lui donne droit à un acquittement; le ministère public a toutefois eu une conduite qui l'empêche d'obtenir une déclaration de culpabilité. Exiger d'un inculpé qu'il ne soulève qu'un doute raisonnable est totalement incompatible avec une règle qui autorise une suspension uniquement dans les «cas les plus manifestes». Plus fondamentalement, la prétention de provocation policière est une allégation très grave faite contre l'État. Imposer un fardeau plus léger à l'inculpé entraverait inutilement l'action de l'État contre le crime. La meilleure façon d'établir un équilibre entre les intérêts du tribunal, gardien de l'administration de la justice, et les intérêts de la société dans la prévention et le dépistage du crime est d'obliger l'inculpé à démontrer par prépondérance de preuve que la poursuite constitue un abus de procédure pour cause de provocation policière. Cela est conforme aux règles régissant les demandes fondées sur le par. 24(2) où la question générale en cause est semblable à celle soulevée dans les affaires de provocation policière: l'administration de la justice sera-t-elle déconsidérée?

La défense de provocation policière ne doit être reconnue que dans les «cas les plus manifestes»: cette description est préférable à l'expression «révoltante et indigne». Lorsque l'inculpé a démontré que la stratégie utilisée par la police dépasse les bornes acceptables, l'absolution judiciaire donnée à la poursuite offusquerait par définition la collectivité. Il n'est pas nécessaire d'aller plus loin ni de se demander si la provocation policière démontrée «révolterait» la société, puisque l'inculpé a déjà montré que l'administration de la justice est déconsidérée.

The state must be given substantial leeway with drug trafficking because the traditional devices of police investigation are not effective. The police or their agents must get involved and gain the trust and confidence of the people trafficking or supplying the drugs. The social consequences of this crime are enormous and harmful.

The police here were not interrupting an ongoing criminal enterprise; the offence was clearly brought about by their conduct and would not have occurred without their involvement. Nor were they exploiting appellant's narcotics addiction. The persistence of the police requests and the equally persistent refusals, and the length of time needed to secure appellant's participation in the offence, indicate that the police had tried to make appellant take up his former life style and had gone further than merely providing him with the opportunity. The most important and determinative factor, however, was that appellant had been threatened and had been told to get his act together when he did not provide the requested drugs. This conduct was unacceptable and went beyond providing the appellant with an opportunity. The fact that the appellant eventually committed the offence when shown the money was not significant because he knew of the profit factor much earlier and still refused. The average person in appellant's position might also have committed the offence, if only to finally satisfy this threatening informer and end all further contact.

The police had reasonable suspicion that the appellant was involved in criminal conduct but they went too far in their efforts to attract him into the commission of the offence. The doctrine of entrapment was applicable to preclude appellant's prosecution and appellant met the burden of proof. The trial judge should have entered a stay of proceedings for abuse of process.

Cases Cited

Applied: *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418; *R. v. Jewitt* (1983), 34 C.R. (3d) 193 (rev'd on other grounds, [1985] 2 S.C.R. 128); **considered:** *Kirzner v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 487; *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435 (1932); *Sherman v. United States*, 356 U.S. 369 (1958); *United States v. Russell*, 411 U.S. 423 (1973), reversing 459 F.2d 671 (9th Cir. 1972); *Hampton v. United States*, 425 U.S. 484 (1976); *United States v. Bueno*, 447 F.2d 903 (5th Cir. 1971); *Greene v. United States*, 454 F.2d 783 (9th Cir. 1971); *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *R. v. Baxter* (1983), 9 C.C.C. (3d) 555, [1983] C.A. 412; *R. v. Gingras*

L'État doit jouir d'une liberté d'action importante à l'égard du trafic des stupéfiants parce que les moyens traditionnels d'investigation policière ne sont pas efficaces. Les policiers et leurs agents doivent s'impliquer et gagner la confiance des gens qui s'adonnent au trafic ou à la fourniture de drogues. Les conséquences sociales de ce crime à lui seul sont très lourdes et dangereuses.

En l'espèce, les policiers n'ont pas interrompu une affaire criminelle en cours; l'infraction a, de toute évidence, été perpétrée à cause de leur conduite et ne se serait pas produite sans leur intervention. Ils n'ont pas non plus exploité l'accoutumance de l'appelant aux stupéfiants. La persistance des demandes policières et les refus également persistants, ainsi que le temps qu'il a fallu avant d'obtenir la participation de l'appelant indiquent que les policiers ont tenté de faire reprendre à l'appelant son ancien mode de vie et qu'ils ont fait plus que simplement lui fournir une occasion. Le facteur le plus important et le plus décisif, cependant, est que l'appelant a été menacé et qu'on lui a dit de se décider une fois pour toute après qu'il n'eut pas fourni les drogues demandées. Cette conduite est inacceptable et fait plus que fournir une occasion à l'appelant. Le fait que l'appelant a finalement commis une infraction lorsqu'on lui a montré l'argent est sans importance parce qu'il connaissait bien avant le profit possible et qu'il refusait toujours. Une personne ordinaire, dans la situation de l'appelant, aurait pu aussi commettre l'infraction, ne serait-ce que pour satisfaire enfin l'indicateur menaçant et rompre tout contact.

Les policiers pouvaient raisonnablement soupçonner que l'appelant commettrait l'infraction si on lui en donnait l'occasion, mais ils sont allés trop loin dans leurs efforts pour l'entraîner à la commettre. La doctrine de la provocation policière s'applique de manière à interdire la poursuite de l'appelant et celui-ci s'est déchargé du fardeau de la preuve qui lui revenait. Le juge du procès aurait dû prononcer une suspension d'instance pour cause d'abus de procédure.

h Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418; *R. v. Jewitt* (1983), 34 C.R. (3d) 193 (inf. pour d'autres motifs, [1985] 2 R.C.S. 128); **arrêts examinés:** *Kirzner c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 487; *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435 (1932); *Sherman v. United States*, 356 U.S. 369 (1958); *United States v. Russell*, 411 U.S. 423 (1973), inf. 459 F.2d 671 (9th Cir. 1972); *Hampton v. United States*, 425 U.S. 484 (1976); *United States v. Bueno*, 447 F.2d 903 (5th Cir. 1971); *Greene v. United States*, 454 F.2d 783 (9th Cir. 1971); *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *R. c. Baxter*, [1983] C.A. 412, 9 C.C.C. (3d) 555; *R. v. Gingras* (1987), 61

(1987), 61 C.R. (3d) 361; *R. v. Dionne* (1987), 79 N.B.R. (2d) 297; referred to: *Mathews v. United States*, 108 S.Ct. 883 (1988); *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] 2 All E.R. 401; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Lemieux v. The Queen*, [1967] S.C.R. 492; *Bergstrom v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 539; *R. v. Sharp*, [1987] 3 All E.R. 103; *R. v. Howe*, [1987] 1 All E.R. 771; *R. v. Fitzpatrick*, [1977] N.I. 20; *R. v. Mistra* (1986), 32 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Ashoona*, N.W.T.C.A., January 19, 1988, unreported, reversing (1987), 38 C.C.C. (3d) 163; *R. v. Biddulph* (1987), 34 C.C.C. (3d) 544; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(f), 24(2).
Criminal Code, ss. 7(3), 17, 605(1)(a).
Criminal Law Amendment Act, 1985, S.C. 1985, c. 19, s. 137(2).

Authors Cited

American Law Institute. *Model Penal Code and Commentaries*. As adopted at the 1962 annual meeting of the American Law Institute at Washington, D.C., May 24, 1962. Philadelphia: American Law Institute, 1980.
 Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*. Toronto: Carswells, 1986.
 Donnelly, Richard C. "Judicial Control of Informants, Spies, Stool Pigeons, and Agent Provocateurs" (1951), 60 *Yale L.J.* 1091.
 Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston: Little, Brown, 1978.
 France, Simon. "Problems in the Defence of Entrapment" (1988), 22 *U.B.C. Law Rev.* 1.
 Park, Roger. "The Entrapment Controversy" (1976), 60 *Minn. L.R.* 163.
 Rossum, Ralph A. "The Entrapment Defense and The Teaching of Political Responsibility: The Supreme Court as Republican Schoolmaster" (1978), 6 *Amer. J. Crim. Law* 287.
 United States. U.S. National Commission on Reform of Federal Laws. *A Proposed New Federal Criminal Code*. (Brown Commission Final Report.)

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1985), 49 C.R. (3d) 169, dismissing an appeal from a judgment of Wetmore Co. Ct. J. (1983), 34 C.R. (3d) 228. Appeal allowed.

Sidney B. Simons and J. Douglas Jevning, for the appellant.

C.R. (3d) 361; *R. c. Dionne* (1987), 79 R.N.-B. (2^e) 297; arrêts mentionnés: *Mathews v. United States*, 108 S.Ct. 883 (1988); *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] 2 All E.R. 401; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Lemieux v. The Queen*, [1967] R.C.S. 492; *Bergstrom c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 539; *R. v. Sharp*, [1987] 3 All E.R. 103; *R. v. Howe*, [1987] 1 All E.R. 771; *R. v. Fitzpatrick*, [1977] N.I. 20; *R. v. Mistra* (1986), 32 C.C.C. (3d) 97; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. v. Ashoona*, C.A.T.N.-O., le 19 janvier 1988, inédit, inf. (1987), 38 C.C.C. (3d) 163; *R. v. Biddulph* (1987), 34 C.C.C. (3d) 544; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11(f), 24(2).
Code criminel, art. 7(3), 17, 605(1)a).
Loi de 1985 modifiant le droit pénal, S.C. 1985, chap. 19, art. 137(2).

Doctrine citée

American Law Institute. *Model Penal Code and Commentaries*. Adopté à l'assemblée annuelle 1962 de l'American Law Institute à Washington, D.C., le 24 mai 1962. Philadelphia: American Law Institute, 1980.
 Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*. Toronto: Carswells, 1986.
 Donnelly, Richard C. «Judicial Control of Informants, Spies, Stool Pigeons, and Agent Provocateurs» (1951), 60 *Yale L.J.* 1091.
 Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston: Little, Brown, 1978.
 France, Simon. «Problems in the Defence of Entrapment» (1988), 22 *U.B.C. Law Rev.* 1.
 Park, Roger. «The Entrapment Controversy» (1976), 60 *Minn. L.R.* 163.
 Rossum, Ralph A. «The Entrapment Defense and The Teaching of Political Responsibility: The Supreme Court as Republican Schoolmaster» (1978), 6 *Amer. J. Crim. Law* 287.
 United States. U.S. National Commission on Reform of Federal Laws. *A Proposed New Federal Criminal Code*. (Brown Commission Final Report.)

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1985), 49 C.R. (3d) 169, qui a rejeté un appel d'un jugement du juge Wetmore de la Cour de comté (1983), 34 C.R. (3d) 228. Pourvoi accueilli.

Sidney B. Simons et J. Douglas Jevning, pour l'appelant.

S. David Frankel and Patricia A. Babcock, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—

Introduction

The central issue in this appeal concerns the doctrine of entrapment. The parties, in essence, ask this Court to outline its position on the conceptual basis for the application of the doctrine and the manner in which an entrapment claim should be dealt with by the courts. Given the length of these reasons due to the complexity of the subject, I have summarized my findings on pages 964 to 966 of these reasons.

The Facts

The appellant was charged with unlawful possession of a narcotic for the purpose of trafficking. He testified at trial and, at the close of the case for the defence, brought an application for a stay of proceedings on the basis of entrapment. The application was refused and a conviction entered by Wetmore Co. Ct. J., sitting without a jury, in written reasons reported in (1983), 34 C.R. (3d) 228. A notice of appeal from that decision was filed with the British Columbia Court of Appeal but the appeal books were not filed within the time prescribed. Counsel for the appellant sought and obtained, with the consent of Crown Counsel, an order dispensing with the requirement that transcripts of evidence be filed and permitting counsel to base their arguments solely on the reasons for judgment of Wetmore Co. Ct. J. The Chief Justice of British Columbia directed that a panel of five judges hear the appeal. For the reasons given by Craig J.A., on behalf of the Court, the appeal was dismissed. This decision is now reported at (1985), 49 C.R. (3d) 169. Leave to appeal was granted by this Court.

It is necessary to describe in some detail the relevant facts. In view of the particular procedural history of this appeal, I think it is appropriate to reproduce in its entirety the summary of the evi-

S. David Frankel et Patricia A. Babcock, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LAMER—

Introduction

La doctrine de la provocation policière est le point central soulevé en l'espèce. Les parties demandent essentiellement à la Cour de faire connaître sa position sur le fondement conceptuel de l'application de la doctrine et sur la manière dont les tribunaux doivent traiter une prétention de provocation policière. La longueur des motifs de ce jugement s'explique par la complexité du sujet et mes conclusions sont résumées aux pp. 964 à 966 de mon opinion.

Les faits

L'appelant a été accusé de possession illicite de stupéfiants à des fins de trafic. Il a témoigné au procès et, avant la clôture de la preuve à décharge, il a présenté une requête en suspension d'instance pour cause de provocation policière. La requête a été refusée et le juge Wetmore de la Cour de comté, siégeant sans jury, dans des motifs écrits publiés à (1983), 34 C.R. (3d) 228, a prononcé une déclaration de culpabilité. Un avis d'appel de cette décision a été déposé à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, mais les dossiers conjoints n'ont pas été produits dans les délais prévus. L'avocat de l'appelant a demandé et obtenu, avec l'agrément du ministère public, une ordonnance de dispense de l'obligation de produire la transcription des témoignages autorisant les avocats à fonder leurs plaidoiries seulement sur les motifs de jugement du juge Wetmore. Le juge en chef de la Colombie-Britannique a saisi de l'appel une formation de cinq juges. Pour les motifs du juge Craig, prononcés au nom de la Cour, l'appel a été rejeté. Cet arrêt est maintenant publié à (1985), 49 C.R. (3d) 169. L'autorisation de se pourvoir a été accordée par cette Cour.

Il est nécessaire de décrire de façon assez détaillée les faits pertinents. Vu l'évolution particulière de la procédure qui a mené au pourvoi, je pense qu'il s'impose de reproduire intégralement le

dence provided for in the reasons for judgment of Wetmore Co. Ct. J. (at pp. 234-37):

Through information obtained from an officer of the Ontario Provincial Police, one Momotiuk was brought to British Columbia. This man had apparently been dealing in narcotics in Kenora, Ontario. He was placed under police "handlers" in Vancouver, he visited the accused on a number of occasions, and eventually a transaction was set up whereby the accused would deliver cocaine to Momotiuk.

The accused testified. He first met Momotiuk in 1979 in Montreal where the accused was visiting one Franks. The accused understood Franks and Momotiuk to be associated in some clothing franchise.

The accused at this time was attempting to develop some property for sale near De Roche, British Columbia, and told Franks and Momotiuk of this and both expressed some interest in buying. Both arrived in British Columbia in October 1979. In the course of this visit the accused says that Momotiuk told him he was a drug trafficker in Kenora and wanted some "Thai pot". The accused says he had no interest.

Momotiuk, according to the accused, called later still wanting to make drug deals, and the accused told him he was interested only in real estate deals.

The accused again went to a yoga retreat near Montreal in December 1979. Franks and Momotiuk visited him there. Momotiuk produced some cocaine, which he and Franks used, and again asked the accused to become a supplier. A few days later they met again. At this time conversation was directed to show Momotiuk as an importer of drugs on a large scale, and again the accused was invited to join in and refused.

In January and February there were approximately seven telephone calls from Momotiuk to the accused soliciting his involvement. The accused says he refused.

In mid-February 1980 Momotiuk visited the accused again, asking him to supply drugs. The accused says he told Momotiuk he was not interested and asked to be left alone. Momotiuk continued to visit two or three times and also telephoned.

In March the accused says Momotiuk arrived again. They went for a walk in the woods. Momotiuk produced a pistol and was going to show the accused his marks-

résumé de la preuve donné dans les motifs de jugement du juge Wetmore (aux pp. 234 à 237):

[TRADUCTION] Grâce aux renseignements obtenus d'un agent de la police provinciale de l'Ontario, un certain Momotiuk a été amené en Colombie-Britannique. Cet homme se livrait apparemment au trafic des stupéfiants à Kenora (Ontario). Il a été confié aux «manipulateurs» de la police à Vancouver, il a rendu visite à l'accusé à plusieurs reprises et, éventuellement, une transaction fut mise sur pied lors de laquelle l'accusé livrerait de la cocaïne à Momotiuk.

L'accusé a témoigné. Il a rencontré Momotiuk pour la première fois en 1979 à Montréal, alors qu'il rendait visite à un certain Franks. L'accusé a cru comprendre que Franks et Momotiuk étaient associés dans quelque franchise de vêtement.

L'accusé, à cette époque, voulait lotir une propriété et la mettre en vente, près de De Roche (Colombie-Britannique), ce dont il a fait part à Franks et à Momotiuk qui, tous les deux, se sont montrés intéressés à acheter. Ils sont arrivés tous les deux en Colombie-Britannique en octobre 1979. Au cours de cette visite, l'accusé déclare que Momotiuk lui a dit qu'il s'adonnait au trafic des stupéfiants à Kenora et qu'il cherchait du «pot thaïlandais». L'accusé dit n'avoir pas été intéressé.

D'après l'accusé, Momotiuk, toujours désireux d'acheter de la drogue, lui a téléphoné ultérieurement, et l'accusé lui a dit n'être intéressé que par l'immobilier.

L'accusé retourna dans la région de Montréal en décembre 1979 pour prendre part à une retraite Yoga. Franks et Momotiuk lui ont rendu visite là-bas. Momotiuk lui a montré un peu de cocaïne, que lui et Franks ont consommé et, à nouveau, il a demandé à l'accusé de devenir fournisseur. Quelques jours plus tard, ils se sont rencontrés à nouveau. Cette fois, la conversation a dépeint Momotiuk comme un importateur de drogue de grande envergure et, à nouveau, l'accusé a été invité à se joindre à eux et a refusé.

Au cours des mois de janvier et de février, il y eut environ sept appels téléphoniques de Momotiuk à l'accusé, sollicitant sa participation. L'accusé déclare qu'il a refusé.

Vers la mi-février 1980, Momotiuk a rendu visite à l'accusé à nouveau, lui demandant de lui fournir de la drogue. L'accusé déclare avoir dit à Momotiuk qu'il n'était pas intéressé et lui avoir demandé de ne plus l'importuner. Momotiuk a persisté, lui rendant visite deux ou trois fois et lui téléphonant.

L'accusé déclare que Momotiuk est venu le voir une fois de plus au mois de mars. Ils allèrent faire une promenade dans les bois. Momotiuk lui a montré un

manship. He was dissuaded because of the probability of startling the horses nearby. The accused says that at this remote area Momotiuk said, "A person could get lost." This the accused says was a threat. He says the matter of drugs was again raised and the accused says he was adamant that he had no knowledge of drugs sources.

The accused was asked to phone him twice and did not. One Matheson attended at the accused's residence on 13th March with a message that Momotiuk was very excited and wanted to see him at the Biltmore Hotel. The accused says he wanted nothing to do with Momotiuk but was terrified of him and agreed to go into town to the Biltmore. He also says that Matheson told him Momotiuk had some friends with him. This the accused took to be other members of this illegal syndicate.

While en route to the city he twice noted a car which seemed to be following him. This was probably so, because undercover police officers were doing a surveillance at the time.

On arrival at the hotel he met Momotiuk. Again he was informed of the syndicate. He was asked then if he wished to see the buying power. The accused agreed. He was directed to a car outside the hotel. In this car was an open briefcase with \$50,000 exposed. The custodian, unknown to the accused, was an undercover policeman.

The accused returned to the hotel, Momotiuk asked him to get a sample and gave him \$50 for this purpose.

The accused left and went to a supplier he had known of from years back. This supplier, one Goldsmith, now dead, heard the accused's story and agreed to supply "in order to get Doug (Momotiuk) off me". He obtained the sample and delivered it to Momotiuk, who tested it and said to get as much as he could. He returned to the supplier and offered \$35,000 to \$40,000 for a pound.

At the meeting the following day the accused had still not acquired the drugs and he says that at this point he was told to get his act together, in a threatening way.

I need not detail the accused's evidence of the following two days. He obtained 12 ounces of cocaine, and was to pay \$27,000 for it. This credit, he says, was extended to him by Goldsmith on the basis of payment when delivered to Momotiuk. It was in the course of this delivery that he was arrested.

pistolet et a voulu faire étalage de son adresse devant l'accusé. La probabilité d'effaroucher des chevaux qui se trouvaient non loin de là l'en a dissuadé. L'accusé déclare que dans ce lieu perdu, Momotiuk lui a dit: «on peut facilement se perdre.» L'accusé affirme qu'il s'agissait d'une menace. Il dit qu'il a de nouveau été question de drogue et qu'il a été formel, il ne savait pas où en trouver.

L'accusé a, à deux reprises, été invité à lui téléphoner, mais il ne l'a pas fait. Un certain Matheson s'est présenté à la résidence de l'accusé, le 13 mars, pour lui faire part que Momotiuk était très excité et voulait absolument le voir à l'hôtel Biltmore. L'accusé déclare qu'il ne voulait plus rien avoir à faire avec Momotiuk, mais que celui-ci le terrifiait: aussi a-t-il consenti à se rendre en ville, au Biltmore. Il déclare aussi que Matheson lui a dit que Momotiuk se trouvait en compagnie de quelques amis. L'accusé a compris qu'il devait s'agir d'autres membres du gang.

En se rendant en ville, il a remarqué à deux reprises une voiture qui semblait les avoir pris en filature. Il devait en être ainsi, puisque des policiers banalisés le surveillaient à l'époque.

Arrivé à l'hôtel, il a rencontré Momotiuk. À nouveau, on l'a renseigné sur le gang. On lui a alors demandé s'il désirait voir leur pouvoir d'achat. L'accusé a accepté. On l'a mené à une voiture à l'extérieur de l'hôtel. Dans cette voiture, une valise était ouverte, exposant 50 000 \$ à la vue. Son gardien, ce qu'ignorait l'accusé, était un agent secret de la police.

L'accusé revenu à l'hôtel, Momotiuk lui a demandé de se procurer un échantillon et lui a remis 50 \$ à cette fin.

L'accusé a quitté, se rendant chez un fournisseur qu'il avait connu autrefois. Ce fournisseur, un certain Goldsmith, décédé depuis, a écouté l'histoire de l'accusé et a accepté d'être son fournisseur «pour me débarrasser de Doug (Momotiuk)». Ayant obtenu l'échantillon, il l'a remis à Momotiuk qui en a vérifié la teneur puis lui a demandé de s'en procurer autant qu'il le pouvait. Il est retourné au fournisseur à qui il a offert entre 35 000 \$ et 40 000 \$ pour une livre.

À la réunion le jour suivant, l'accusé ne s'était toujours pas procuré la drogue et, déclare-t-il, à ce moment-là, il s'est fait dire de se décider une fois pour toute, sur un ton menaçant.

Il n'est pas nécessaire de reprendre tout le témoignage de l'accusé sur ce qui s'est passé les deux jours suivants. Il a obtenu 12 onces de cocaïne, promettant de les payer 27 000 \$. Goldsmith lui a fait crédit, dit-il, à condition d'être remboursé lorsqu'il les aurait livrées à Momotiuk. C'est au moment de cette livraison qu'il a été arrêté.

It is on the basis of this testimony that the accused says he was entrapped. Momotiuk, Matheson and Franks did not testify. Neither did "Bonnie", the accused's former wife, who was apparently present at one of the Montreal meetings, where cocaine was produced and some discussion took place.

The accused has drug convictions in 1972 and 1976, two in 1978 and one in 1979. Those in 1976, one in 1978 and one in 1979 involved cocaine. He says his former use of drugs arose to relieve back pain, but in 1978 he discovered relief from yoga and gave up the use of narcotics. The offence in 1979 was a fall from grace when he met up with old friends.

Decisions of the Courts Below

Wetmore Co. Ct. J. held that the judgment of Estey J. in *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418, and of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Jewitt* (1983), 34 C.R. (3d) 193 (rev'd on other grounds, [1985] 2 S.C.R. 128), established that entrapment is recognized as part of the abuse of process doctrine and a stay of proceedings arising from a finding of entrapment is not a "defence" in the traditional sense of that word. This distinction between a "stay" and a "defence" was important in terms of the burden and standard of proof. Wetmore Co. Ct. J. decided the evidential burden rested on the party seeking the stay to satisfy a court on a balance of probabilities that there had been entrapment which would constitute an abuse of the courts' processes. He stated at p. 232:

To ask the court to preclude either side—the state, represented by the prosecution, or the defence—from the adjudication of their differences must involve satisfying the court that its processes cannot result in the attainment of justice through the traditional avenue of a full and open trial. To make that finding, it seems fundamental to a system of justice in a free and democratic society that the court must be *satisfied* that its processes have been so abused that those very processes are precluded from attaining justice. Satisfaction in such a state of affairs existing must be more than a reasonable suspicion.

C'est sur la base de ce témoignage que l'accusé déclare être victime d'une provocation policière. Momotiuk, Matheson et Franks n'ont pas témoigné, pas plus que «Bonnie», l'ex-épouse de l'accusé, qui était présente, semble-t-il, à l'une des rencontres de Montréal, où de la cocaïne avait été exhibée et où l'on avait discuté.

L'accusé a été reconnu coupable d'infractions relatives à la drogue en 1972 et en 1976, à deux autres reprises en 1978, et à nouveau en 1979. Dans le cas des condamnations de 1976, de l'une de celles de 1978 et de celle de 1979, il s'agissait de cocaïne. Il déclare avoir autrefois consommé diverses drogues pour se soulager d'un mal de dos mais, en 1978, il aurait découvert les vertus apaisantes du yoga et abandonné l'usage des stupéfiants. L'infraction de 1979 était une rechute, due à la rencontre de vieux amis.

Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

Le juge Wetmore a conclu que l'arrêt du juge Estey dans l'affaire *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418, et celui de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *R. v. Jewitt* (1983), 34 C.R. (3d) 193 (inf. pour d'autres motifs, [1985] 2 R.C.S. 128), reconnaissent la provocation policière comme participant de la doctrine de l'abus de procédure et établissent qu'une suspension d'instance découlant d'une provocation policière dûment constatée n'est pas une «défense» au sens traditionnel du terme. Cette distinction entre «suspension» et «défense» a son importance au chapitre de la charge et de la norme de preuve. Le juge Wetmore a décidé que la charge de présentation revient à la partie qui demande la suspension, s'agissant de convaincre le tribunal, par prépondérance des probabilités, qu'il y a eu provocation policière, laquelle constitue un abus de procédure judiciaire. Il dit, à la p. 232:

[TRADUCTION] Demander au tribunal de refuser à l'une des parties—à l'État, représenté par la poursuite, ou à la défense—une décision sur leur différend exige que l'on convainque le tribunal que la procédure qui se déroule ne permettra pas de rendre justice selon la voie traditionnelle du procès public en bonne et due forme. Pour constater qu'il en est ainsi, il semble fondamental, pour un système judiciaire dans une société libre et démocratique, que le tribunal soit *convaincu* qu'on abuse de sa procédure, à un point tel que cette même procédure ne peut permettre de rendre justice. Pour arriver à la conviction qu'un tel état de choses existe, il faut plus qu'un soupçon raisonnable.

In Wetmore Co. Ct. J.'s view, the presumption of innocence until proven guilty beyond a reasonable doubt was not violated. He stated that this presumption applied at trial while a motion for a stay was to really determine whether the appellant would have a trial. It was not significant that in this case the motion came at the end of the proceeding: "What counsel is asking is that I stop the proceedings before a verdict. This amounts to aborting the trial" (p. 234). Wetmore Co. Ct. J.'s view of the nature of the entrapment claim may be discerned in the following passage, at p. 234:

This evidentiary burden is of great importance in the matter of entrapment because fundamental to any such finding is the conclusion that the accused had no disposition to commit the crime but succumbed to improper enticement by authorities of the state. As in all matters of the mental element in criminal matters, the state of mind usually comes from inferences from established facts. I must test those facts to say then which is more probable as to the accused's predisposition, not merely if something is rationally possible.

After reviewing the evidence, Wetmore Co. Ct. J. noted, at p. 237, that the appellant's evidence found support in the testimony of the police officers to some extent: "They agree that Momotuk was difficult to 'handle'" The stay was refused, however, because the appellant had not met the burden of proof. Wetmore Co. Ct. J. concluded, at p. 237:

In fairness to the accused, I should say that, if I were to decide this issue on the basis of the Crown having to negate entrapment beyond a reasonable doubt, I would have such a doubt.

I find, however, that it is far more probable that the accused became involved in this transaction for profit, rather than through persistent inducement and fear. Given his record and the alacrity with which he produced on seeing the \$50,000 in March 1980, I find it much more probable that he then saw a situation of profit and acted upon it. There is no doubt in my mind that the opportunity was made available through the tactics of the police and their agent, but that falls short

Dans l'optique du juge Wetmore, la présomption d'innocence, tant que la culpabilité n'est pas prouvée hors de tout doute raisonnable, n'a pas été violée. Il dit que cette présomption s'applique au procès, alors qu'une demande de suspension amène en réalité à décider si l'appelant aura un procès. Il importe peu qu'en l'espèce la demande ait été faite en clôture d'instance: [TRADUCTION] «ce que l'avocat demande, c'est que je suspende l'instance avant le verdict. Ce qui équivaut à faire avorter le procès» (à la p. 234). On peut déceler les vues du juge Wetmore sur la nature de l'allégation de provocation policière dans le passage suivant, à la p. 234:

[TRADUCTION] Cette charge de présentation revêt une grande importance en matière de provocation policière, parce qu'est fondamentale à toute constatation de ce genre la conclusion que l'inculpé n'était nullement disposé à commettre le crime, mais qu'il a succombé à l'incitation abusive des agents de l'État. Comme dans tous les cas où il s'agit de l'élément moral en matière criminelle, l'état d'esprit se déduit habituellement des faits établis. Je dois vérifier ces faits pour pouvoir dire alors ce qui est le plus probable, en ce qui concerne la prédisposition de l'inculpé, et non simplement si la chose est rationnellement possible.

Après examen de la preuve, le juge Wetmore note, à la p. 237, que le témoignage de l'appelant est, dans une certaine mesure, corroboré par celui des agents de police: «Ils conviennent que Momotuk était difficile à «manipuler»». La suspension a été refusée, néanmoins, parce que l'appelant ne s'était pas acquitté du fardeau de la preuve. Le juge Wetmore conclut, à la p. 237:

[TRADUCTION] Pour rendre justice à l'inculpé, je me dois de dire que, si je devais statuer sur ce point en me fondant sur l'obligation du ministère public de prouver l'absence de provocation policière hors de tout doute raisonnable, j'aurais un tel doute.

Je constate néanmoins qu'il est beaucoup plus probable que l'accusé s'est engagé dans cette transaction par vénalité plutôt qu'à la suite d'incitations persistantes et sous l'effet de la peur. Compte tenu de son dossier et de la célérité avec laquelle il a agi à la vue des 50 000 \$, en mars 1980, je juge qu'il est beaucoup plus probable qu'il ait vu là une occasion de profit et qu'il l'a saisie. Il n'y a pas de doute dans mon esprit que l'occasion lui a été fournie par les tactiques auxquelles ont eu recours les

of entrapping a person into the commission of an act that he had no intention of doing.

The British Columbia Court of Appeal held that having regard to this Court's decision in *Jewitt*, *supra*, and the opinion of several of the Justices in *Amato*, *supra*, entrapment is available in response to a criminal charge as an aspect of abuse of process but not as a substantive defence. It was further held that the determination of the existence of entrapment is a question of law to be decided by the trial judge. The appellant bore the onus of proof on a balance of probabilities, since an accused claiming entrapment is seeking to have the case disposed of on the basis of police misconduct as opposed to the merits.

Having decided the applicable legal issues, the Court of Appeal referred to the trial judge's conclusion that the appellant acted out of a desire for profit. Craig J.A. then stated at p. 183: "I think that the judge was right in concluding that there was no entrapment in this case." The appeal was therefore dismissed.

Position of the Parties

This appeal was heard at the same time as the appeal in *R. v. Showman*, [1988] 2 S.C.R. 893. The decision in *Showman* is also being delivered today. In his written argument the appellant in the present case, in addition to his own submissions, adopted those put forward by the appellant in *Showman*. The position of the respondent in both cases is identical in all material respects.

Appellant

The appellant asserts that there are two types of entrapment. The first is objective and involves an evaluation of police conduct in order to determine whether prosecution of the accused would amount to an abuse of the courts' process. It is submitted that this analysis is a question of law to be addressed by the trial judge. If objective entrapment is found, the proper remedy is a stay of proceedings. This is purely a question of police misconduct and as such is determined wholly independently of the accused's state of mind.

policiers et leurs agents, mais ce n'était pas là aller jusqu'à provoquer une personne à commettre un acte qu'elle n'avait pas l'intention de commettre.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé que, compte tenu de l'arrêt *Jewitt*, précité, de cette Cour et de l'opinion de plusieurs juges dans l'affaire *Amato*, précitée, on peut invoquer la provocation policière en réponse à une inculpation criminelle, s'agissant d'un aspect de l'abus de procédure, mais non d'une défense au fond. Elle a en outre jugé que la constatation de la provocation policière est une question de droit sur laquelle doit statuer le juge du procès. La charge de la preuve, par prépondérance des probabilités, incombait à l'appelant puisque l'inculpé qui invoque la provocation policière demande qu'on statue sur son cas sur le fondement de la conduite irrégulière de la police et non sur le fond.

Ayant statué sur les points de droit applicables, la Cour d'appel mentionne la conclusion du juge du procès, que l'appelant a agi par esprit de lucre. Le juge Craig dit alors à la p. 183: [TRADUCTION] «Je pense que le juge a eu raison de conclure qu'il n'y avait pas eu provocation policière en l'espèce». L'appel a donc été rejeté.

La position des parties

Le pourvoi a été entendu en même temps que l'affaire *R. c. Showman*, [1988] 2 R.C.S. 893. L'arrêt *Showman*, est aussi rendu aujourd'hui. Dans son argumentation écrite, l'appelant en l'espèce, outre ses propres arguments, adopte ceux avancés par l'appelant dans l'affaire *Showman*. La position de l'intimée dans les deux affaires est identique en tous ses aspects pertinents.

L'appelant

L'appelant fait valoir qu'il existe deux formes de provocation policière. La première est objective et comporte une évaluation de la conduite de la police afin d'établir si poursuivre l'inculpé ne serait pas un abus de la procédure du tribunal. Il soutient que cette analyse est une question de droit que doit trancher le juge du procès. Si, objectivement, la provocation policière est constatée, le recours approprié est la suspension d'instance. C'est là purement une question de conduite irrégulière de la police et, à ce titre, elle est résolue tout à fait indépendamment de l'état d'esprit de l'inculpé.

The second type of entrapment is subjective and the focus is on the accused's state of mind. The test is whether the accused possesses the necessary predisposition to commit the crime; if he or she does not, then the element of *mens rea* is missing. This can exist, in the appellant's submission, even when the police are "blameless" in terms of the character of their conduct toward the accused.

The appellant draws an analogy to other excusing defences, such as necessity, which focus on the accused's response to a given set of facts. The appellant asserts that in subjective entrapment where the inquiry is on the accused's state of mind, like other *mens rea* issues, the question is one of fact to be decided by the jury. The onus would lie on the Crown to prove beyond a reasonable doubt that the accused was predisposed to commit the offence. In the result, the appellant submits his conviction should be quashed as the trial judge stated he had a reasonable doubt as to whether the appellant was entrapped.

Respondent

The respondent asserts that there is only one conception of entrapment and it is rooted in the doctrine of abuse of process. Entrapment is not a defence since the necessary *mens rea* will be present and the conduct of the accused will be neither excused nor justified. The respondent submits, however, that the test for determining whether or not there has been unlawful entrapment is an amalgam of subjective and objective tests: the defence is limited to situations where the conduct of the police has gone beyond permissible limits and the crime would not have been committed but for such activity. The police conduct must be, to use the respondent's phrase, the *causa sine qua non* of the offence.

With respect to procedural issues, the respondent asserts the question of entrapment is one of law to be decided by the trial judge. The onus would be

La seconde forme de provocation policière est subjective et l'on s'intéresse alors à l'état d'esprit de l'inculpé. Le critère consiste à se demander si l'inculpé possède la prédisposition nécessaire à commettre le crime; s'il ne la possède pas, l'élément de la *mens rea* manque alors. Ceci peut se produire, selon l'argument de l'appellant, même si les forces policières sont «exemptes de tout blâme» pour ce qui est de la moralité de leur conduite envers l'inculpé.

L'appellant fait une analogie avec d'autres défenses disculpatoires, telle la nécessité, où l'on s'intéresse à la réaction de l'inculpé à un ensemble donné de faits. L'appellant soutient que dans la provocation policière subjective, où l'investigation porte sur l'état d'esprit de l'inculpé, comme dans les autres cas où la *mens rea* est en cause, il s'agit d'une question de fait à être appréciée par le jury. La charge de la preuve hors de tout doute raisonnable que l'inculpé était prédisposé à commettre l'infraction revient au ministère public. En conclusion, l'appellant fait valoir que sa déclaration de culpabilité devrait être cassée puisque le juge du procès a dit avoir un doute raisonnable, quant à savoir si l'appellant avait été victime d'une provocation policière.

f L'intimée

L'intimée soutient qu'il n'y a qu'une seule conception de la provocation policière et que sa source se trouve dans la doctrine de l'abus de procédure. La provocation policière n'est pas un moyen de défense, puisque la *mens rea* nécessaire sera présente et que le comportement de l'inculpé ne sera ni excusable ni justifié. L'intimée fait valoir, toutefois, que le critère pour déterminer si oui ou non il y a eu provocation policière illicite est un amalgame de critères subjectifs et objectifs: la défense est limitée aux cas où la conduite de la police a dépassé les bornes de l'acceptable et où le crime n'aurait pas été commis n'eût été ce comportement. La conduite de la police doit être, pour reprendre l'expression de l'intimée, la *causa sine qua non* de l'infraction.

Pour ce qui est des questions de procédure, l'intimée fait valoir que la question de la provocation policière est une question de droit que doit

on the accused to establish on a balance of probabilities that the proceedings amounted to an abuse of the court's processes.

Analysis

I. *The Context*

One need not be referred to evidence to acknowledge the ubiquitous nature of criminal activity in our society. If the struggle against crime is to be won, the ingenuity of criminals must be matched by that of the police; as crimes become more sophisticated so too must be the methods employed to detect their commission. In addition, some crimes are more difficult to detect. As Chief Justice Laskin in *Kirzner v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 487, explained at pp. 492-93:

Methods of detection of offences and of suspected offences and offenders necessarily differ according to the class of crime. Where, for example, violence or breaking, entering and theft are concerned, there will generally be external evidence of an offence upon which the police can act in tracking down the offenders; the victim or his family or the property owner, as the case may be, may be expected to call in the police and provide some clues for the police to pursue. When "consensual" crimes are committed, involving willing persons, as is the case in prostitution, illegal gambling and drug offences, ordinary methods of detection will not generally do. The participants, be they deemed victims or not, do not usually complain or seek police aid; that is what they wish to avoid. The police, if they are to respond to the public disapprobation of such offences as reflected in existing law, must take some initiatives.

The same point is made by Estey J. in *Amato*, *supra*, at p. 457. I would note that in addition to so-called "victimless" or "consensual" crimes, active law enforcement techniques may be used to combat crimes where there are victims, but those victims are reluctant to go to the police because of intimidation or blackmail, as may be the case with the offence of extortion. Further, some criminal conduct may go unobserved for a long time if the victims are not immediately aware of the fact that they have been the subject of criminal activity, in the case, for example, of commercial fraud and

trancher le juge du procès. Ce serait à l'inculpé que reviendrait la charge d'établir, par prépondérance des probabilités, que l'instance constitue un abus de procédure.

^a Analyse

I. *Le contexte*

Aucune preuve n'est nécessaire pour reconnaître l'omniprésence de l'activité criminelle dans notre société. Si l'on veut vaincre le crime, l'ingéniosité des criminels doit se heurter à celle de la police; au fur et à mesure que les crimes deviennent plus subtils, de même doivent le devenir les méthodes employées pour les dépister. En outre, certains crimes sont plus difficiles à détecter. Comme l'explique le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Kirzner c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 487, aux pp. 492 et 493:

Le mode de dépistage des actes criminels réels ou soupçonnés, et de leurs auteurs, varie nécessairement avec le genre de crime. Par exemple, lorsqu'il y a violence ou introduction par effraction et vol, il existe généralement des preuves manifestes de l'infraction que la police peut utiliser pour retrouver les coupables; il est fréquent que la victime, sa famille ou le propriétaire du bien, selon le cas, appelle la police et lui fournisse des indices facilitant son enquête. Lorsqu'il s'agit de crimes «consensuels», c'est-à-dire de crimes impliquant des personnes consentantes, comme dans le cas de la prostitution, des paris illégaux et de la drogue, les méthodes ordinaires ne suffisent plus. Les participants, qu'ils s'estiment lésés ou non, ne portent pas plainte et ne cherchent pas à obtenir le secours de la police; c'est justement ce qu'ils veulent éviter. Si la police veut réprimer ces infractions que l'opinion publique désapprouve et qui sont d'ailleurs punies dans notre droit, elle doit prendre des initiatives.

Le juge Estey soutient le même point de vue dans l'arrêt *Amato*, précité, à la p. 457. Je note qu'outre les crimes dits «sans victime» ou «consensuels», des techniques actives peuvent être utilisées pour faire respecter la loi et combattre des crimes qui font des victimes certes, mais des victimes qui hésiteront à s'adresser à la police par suite d'intimidations ou de chantage, comme ce peut être le cas de l'infraction d'extorsion. De plus, un comportement criminel peut, s'il n'est découvert, se prolonger longtemps si les victimes ne se rendent pas compte immédiatement qu'elles ont été l'objet

also bribery of public officials. In general it may be said that many crimes are committed in secret and it is difficult to obtain evidence of their commission after the fact.

Obviously the police must be given considerable latitude in the effort to enforce the standards of behaviour established in the criminal law. This has long been recognized by the common law (see R. Donnelly, "Judicial Control of Informants, Spies, Stool Pigeons, and Agent Provocateurs" (1951), 60 *Yale L.J.* 1091, at pp. 1091-92). Laskin C.J., in *Kirzner, supra*, noted at p. 493 that with respect to consensual crimes, the police employ a number of people and techniques:

They may, for example, use a spy, either a policeman or another person, to obtain information about a consensual offence by infiltration; they may make arrangements with informers who may be parties to offences on which they report to the police to enable the other parties to be apprehended; or the police may use decoys or themselves act under cover to provide others with the opportunity to commit a consensual offence or to encourage its commission. Going one step farther, the police may use members of their force or other persons to instigate the commission of an offence, planning and designing it *ab initio* to ensnare others.

There is a crucial distinction, one which is not easy to draw, however, between the police or their agents—acting on reasonable suspicion or in the course of a bona fide inquiry—providing an opportunity to a person to commit a crime, and the state actually creating a crime for the purpose of prosecution. The former is completely acceptable as is police conduct that is directed only at obtaining evidence of an offence when committed (see *Amato, supra, per Estey J.*, at p. 446). The concern is rather with law enforcement techniques that involve conduct that the citizenry cannot tolerate. In many cases the particular facts may constitute a classic example of what may be referred to as "entrapment" which has been described by an American judge as "the conception and planning of an offense by an officer, and his procurement of its commission by one who

d'une activité criminelle, comme dans le cas, par exemple, de la fraude commerciale et aussi de la corruption d'officiers publics. En général, on peut dire que de nombreux crimes sont commis en secret et qu'il est difficile de réunir les preuves de leur perpétration après le fait.

Manifestement, la police doit jouir d'une latitude considérable dans son effort pour faire respecter les normes de comportement établies par le droit criminel. La *common law* a reconnu cela depuis longtemps (voir R. Donnelly, «Judicial Control of Informants, Spies, Stool Pigeons, and Agent Provocateurs» (1951), 60 *Yale L.J.* 1091, aux pp. 1091 et 1092). Le juge en chef Laskin, dans l'arrêt *Kirzner*, précité, rappelle à la p. 493 que, dans le cas des crimes consensuels, la police a recours à toutes sortes de gens et de techniques:

Elle peut, par exemple, utiliser un espion, un policier ou quelqu'un d'autre, qui s'infiltrera dans le milieu pour obtenir des renseignements sur une infraction consensuelle; la police peut s'entendre avec des indicateurs, qui participeront aux infractions et dénonceront les autres; la police peut encore se servir d'imposteurs ou de ses propres agents secrets pour fournir à d'autres personnes l'occasion de commettre une infraction consensuelle ou pour encourager sa perpétration. La police peut aller plus loin et recourir à ses propres agents ou à d'autres personnes pour inciter des gens à commettre une infraction qu'elle aura organisée de toutes pièces et les prendre au piège.

Il y a une distinction cruciale, qu'il n'est pas facile de faire néanmoins, entre la police ou ses agents qui, se fondant sur des soupçons raisonnables ou dans le cadre d'une véritable enquête, fournissent l'occasion de commettre un crime et l'État qui crée en fait de toutes pièces un crime afin d'être en mesure de poursuivre. Le premier cas est tout à fait acceptable, la conduite de la police visant uniquement à réunir les preuves d'une infraction quand elle est commise (voir l'arrêt *Amato*, précité, le juge Estey, à la p. 446). Ce qui est préoccupant, ce sont plutôt les techniques d'application de la loi qui exigent une conduite que le citoyen ne saurait tolérer. Dans bien des cas, les faits de l'espèce constitueront un exemple classique de ce qu'on peut appeler une «provocation policière», décrite par un juge américain comme étant [TRADUCTION] «la conception et la planification

would not have perpetrated it except for the trickery, persuasion, or fraud of the officer” (*Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435 (1932), at p. 454, per Roberts J., cited by Dickson C.J. in *Jewitt*, supra, at p. 145).

II. *The Jurisprudence*

A: Canadian Developments

The defence of entrapment was considered by the Court in *Amato*, supra. The accused was convicted of two counts of trafficking in cocaine. The British Columbia Court of Appeal affirmed the convictions and a further appeal was dismissed by this Court, Laskin C.J. and Estey, McIntyre and Lamer JJ. dissenting.

Writing on behalf of himself, Martland, Beetz and Chouinard JJ., Dickson J. (as he then was) was of the view that assuming the defence of entrapment to be available it did not arise on the facts of the case (p. 464). He referred to the conclusions of the trial judge and the judges of the British Columbia Court of Appeal and stated, at p. 466:

The four British Columbia judges before whom the matter has come have been unanimous in concluding that, on the facts, the defence of entrapment does not arise. It does not seem to me to fall to this Court to retry the case and arrive at different findings.

Ritchie J., writing for himself, was of the view that entrapment was available in defence to a charge in circumstances which he describes as follows, at p. 473:

In my view it is only where police tactics are such as to leave no room for the formation of independent criminal intent by the accused that the question of entrapment can enter into the determination of his guilt or innocence.

Although Ritchie J. was of the view that the record disclosed the police instigated the course of events and *Amato* was “simply an incidental factor necessarily employed by the police” to achieve the objective of locating drug sources (pp. 467-68), he

d’une infraction par un agent de la paix qui la fait commettre par une personne qui ne l’aurait pas perpétrée n’eût été de la ruse, de la persuasion ou de la supercherie de l’agent» (*Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435 (1932), à la p. 454, le juge Roberts, cité par le juge en chef Dickson dans l’arrêt *Jewitt*, précité, à la p. 145).

II. *La jurisprudence*

^b A: Développements au Canada

La Cour a examiné la défense de provocation policière dans son arrêt *Amato*, précité. L’inculpé avait été reconnu coupable de deux chefs de trafic de cocaïne. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique avait confirmé les déclarations de culpabilité et le pourvoi alors interjeté avait été rejeté par cette Cour, le juge en chef Laskin et les juges Estey, McIntyre et Lamer étant dissidents.

Écrivant au nom des juges Martland, Beetz et Chouinard, le juge Dickson (maintenant Juge en chef) tout en reconnaissant la possibilité d’une défense de provocation policière, était d’avis qu’elle n’était pas justifiée par les faits de l’espèce (à la p. 464). Se référant aux conclusions du juge du procès et des juges de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, il ajoute à la p. 466:

Les quatre juges de la Colombie-Britannique qui ont entendu l’affaire ont conclu à l’unanimité que les faits ne justifiaient pas la défense de provocation policière. Il ne me semble pas qu’il incombe à cette Cour de reprendre le procès et de tirer des conclusions différentes.

Le juge Ritchie, qui a écrit sa propre opinion, était d’avis qu’il peut y avoir une défense de provocation policière dans certaines circonstances, qu’il décrit comme suit à la p. 473:

À mon avis, ce n’est que lorsque les tactiques de la police ne laissent pas de place à la formation d’une intention criminelle propre chez l’accusé que la question de la provocation policière peut avoir une incidence sur la détermination de sa culpabilité ou de son innocence.

Bien que le juge Ritchie ait été d’avis que le dossier révélait que la police avait provoqué les événements et qu’*Amato* n’avait été qu’«un facteur accessoire que la police a nécessairement employé» en vue d’atteindre son objectif, localiser les sources de drogue (aux pp. 467 et 468), il ne pensait pas que le témoignage de l’inculpé était suffisant pour

did not think the accused's evidence was sufficient to support the claim of entrapment (p. 472):

It was contended in the present case that Amato was subjected to a threat of violence against himself if he failed to cooperate with the police plan for procuring the drug. If this had in fact been the case I am satisfied that it might well have supported a defence of entrapment, but a careful study of the evidence fails to disclose to me that there was any such threat although the police officer who was allegedly seeking drugs for some "strong arm" operators from the United States did make mention of the fact that they carried firearms and this apparently made Amato nervous.

Whether the activities of the police can be said to have amounted to the "calculated inveigling or persistent importuning" by the police mentioned by Mr. Justice Laskin (as he then was) in *R. v. Ormerod*, [1969] 2 O.R. 230, at p. 238, must depend on the facts of each case and in the present case, although drug transactions were suggested to Amato by an *agent provocateur*, this is not of itself enough to invoke the defence of entrapment or to affect the fact that Amato must have known that what he was doing was wrong.

Estey J. writing for himself, Laskin C.J., McIntyre and Lamer JJ., also held that the defence of entrapment existed in Canadian law, not as a traditional substantive defence, but as an aspect of the abuse of process doctrine which enabled a court to enter a stay of proceedings in circumstances where allowing the accused to stand trial would offend the courts' sense of justice. On the facts, Estey J. concluded that the accused was entrapped and thus he would have allowed the appeal. Of importance for the purposes of the present appeal is the analytical approach set out by Estey J. which differs markedly from that found in the opinion of Ritchie J.

Estey J.'s opinion provides a summary of the doctrine of entrapment in the United States, Canada and the United Kingdom as it has emerged in the jurisprudence and as discussed in various proposals for law reform in these jurisdictions. I will refer to some of these developments later. The key parts of the judgment of Estey J. may be found at pp. 445-47 where he outlines the rationale and criteria for the application of the defence.

fonder la prétention de provocation policière (à la p. 472):

On a fait valoir en l'espèce qu'Amato a été menacé de voies de fait s'il refusait de collaborer au plan de la police et de fournir de la drogue. Si c'était vraiment le cas, je suis convaincu que la défense de provocation policière aurait pu être bien fondée, mais une examen attentif de la preuve ne me convainc pas qu'il y ait eu de telles menaces, même si le policier qui se disait à la recherche de drogue pour des fiers-à-bras venus des États-Unis avait mentionné le fait qu'ils étaient armés, ce qui semble avoir énervé Amato.

La question de savoir si on peut dire que les activités de la police équivalaient à [TRADUCTION] «un piège calculé ou [à des] sollicitations répétées» de la police, comme l'a dit le juge Laskin (tel était alors son titre) dans l'arrêt *R. v. Ormerod*, [1969] 2 O.R. 230, à la p. 238, dépend nécessairement des faits de chaque espèce, et, dans le cas présent, même si un agent provocateur a suggéré à Amato de lui procurer de la drogue, cela ne suffit pas en soi pour invoquer la défense de provocation policière ou pour modifier le fait qu'Amato devait savoir qu'il agissait illégalement.

Le juge Estey, écrivant au nom du juge en chef Laskin, des juges McIntyre et Lamer, a aussi conclu que la défense de provocation policière existait en droit canadien, non en tant que défense traditionnelle au fond, mais comme un aspect de la doctrine d'abus de procédure, qui autorise un tribunal à suspendre une instance lorsque permettre à l'inculpé de subir son procès offenserait le sens de la justice des tribunaux. Vu les faits, le juge Estey a conclu que l'inculpé avait été victime de provocation policière et, par conséquent, il aurait fait droit au pourvoi. Ce qui importe pour les fins du présent pourvoi, c'est la démarche analytique du juge Estey, qui diffère profondément de celle que l'on trouve dans l'opinion du juge Ritchie.

L'opinion du juge Estey nous fournit un résumé global de la doctrine de la provocation policière aux États-Unis, au Canada et au Royaume-Uni, dégagée de la jurisprudence et analysée dans les diverses propositions de réforme du droit dans ces ressorts. Je me référerai à certains de ces développements ultérieurement. On trouvera le cœur de l'opinion du juge Estey aux pp. 445 à 447, où il expose la raison et les critères de l'application de la défense.

At the outset, Estey J. explained that entrapment is not actually a "defence" in the traditional sense of the term. Earlier in his reasons, Estey J. had referred to s. 7(3) of the *Criminal Code* as a possible source for the recognition of the defence of entrapment in criminal law. Section 7(3) provides:

7. ...

(3) Every rule and principle of the common law that renders any circumstance a justification or excuse for an act or a defence to a charge continues in force and applies in respect of proceedings for an offence under this Act or any other Act of the Parliament of Canada, except in so far as they are altered by or are inconsistent with this Act or any other Act of the Parliament of Canada.

It appears, however, from the following passage that Estey J. did not think the true source for recognition of the entrapment claim lay in s. 7(3) of the *Code*; rather, it arose from the inherent jurisdiction of a court to protect itself from an abuse of its own processes. As such, entrapment cannot be said to be a substantive defence (p. 445):

While it is frequently referred to in legal writings and sometimes in the courts as the 'defence of entrapment' it is not a defence in the traditional sense of that term. A successful defence leads to an acquittal on the charge, a determination that the offence has not been committed by the accused. Here, axiomatically, the crime from a physical point of view at least has been committed. Indeed it may be that the necessary intent and act have combined to form a complete crime. The successful application of the doctrine of entrapment, if it be a defence in the ordinary sense, would support an acquittal. The *Criminal Code* authorizes acquittals in somewhat similar circumstances as in the case of the defence of duress. However, as will be seen later, the successful application of the concept of entrapment leads to a stay of prosecution, the court withholding its processes from the prosecution on the basis that such would bring the administration of justice into disrepute. This is an exercise of the inherent powers of the courts. Entrapment is not in a traditional sense a defence. For convenience and ease of reference as well as to conform to the present vocabulary of the law, I sometimes refer to the doctrine as the 'defence of entrapment' although in strict law it is not a defence. Therefore, for this technical reason, it

Au départ, le juge Estey explique que la provocation policière n'est pas vraiment une «défense» au sens traditionnel du terme. Précédemment, dans ses motifs, le juge Estey s'était référé au par. 7(3) du *Code criminel* en tant que source éventuelle de reconnaissance de la défense de provocation policière en droit criminel. Le paragraphe 7(3) porte:

b 7. ...

(3) Chaque règle et chaque principe de la *common law* qui font d'une circonstance une justification ou excuse d'un acte, ou un moyen de défense contre une inculpation, demeurent en vigueur et s'appliquent à l'égard des procédures pour une infraction visée par la présente loi ou toute autre loi du Parlement du Canada, sauf dans la mesure où ils sont modifiés par la présente loi ou une autre loi du Parlement du Canada ou sont incompatibles avec l'une d'elles.

d Cependant le passage suivant montre que le juge Estey ne pensait pas que la véritable source de la reconnaissance de la provocation policière est le par. 7(3) du *Code*; elle réside plutôt dans le pouvoir inhérent à tout tribunal de se prémunir contre tout abus de ses procédures. À ce titre, la provocation policière ne saurait être considérée comme une défense au fond (à la p. 445):

f Même si les textes juridiques et parfois les tribunaux qualifient souvent cette défense de «défense de provocation policière», ce n'est pas un moyen de défense au sens traditionnel de ce terme. Un moyen de défense qui réussit entraîne l'acquiescement, la décision que l'accusé n'a pas commis l'infraction. Ici, évidemment le crime, pris au sens matériel du moins, a été commis. Il se peut de fait que l'intention nécessaire et l'acte soient réunis pour former un crime complet. L'application de la doctrine de la provocation policière, si elle constitue un moyen de défense au sens ordinaire, entraînerait l'acquiescement. Le *Code criminel* permet l'acquiescement dans des cas à peu près semblables, par exemple celui de la défense de contrainte. Cependant, comme on le verra plus loin, l'application du concept de la provocation policière entraîne une suspension des procédures, car le tribunal refusera d'entendre la poursuite pour le motif que cela ternirait l'image de la justice. Il s'agit là pour les tribunaux d'exercer leurs pouvoirs inhérents. La provocation policière n'est pas un moyen de défense au sens traditionnel. Pour plus de commodité, et aussi pour me conformer au vocabulaire juridique actuel, je qualifie parfois cette doctrine de «défense de provocation» bien qu'en droit strict, ce ne soit pas un moyen de

may not be necessary to invoke s. 7(3) other than to illustrate by analogy the continuing flexibility of the criminal law within and without the *Criminal Code*. [Emphasis added.]

I would note at this point that I too will refer to the recognized doctrine as the 'defence of entrapment' for the same reasons given by Estey J. Later in the opinion, Estey J. stated at p. 447 that the root of the defence was the same as that for the exclusion of involuntary confessions: "The integrity of the criminal justice system demands the rule". In terms of the constituent elements of the defence, Estey J. stated at p. 446:

The principal elements or characteristics of the defence are that an offence must be instigated, originated or brought about by the police and the accused must be ensnared into the commission of that offence by the police conduct; the purpose of the scheme must be to gain evidence for the prosecution of the accused for the very crime which has been so instigated; and the inducement may be but is not limited to deceit, fraud, trickery or reward, and ordinarily but not necessarily will consist of calculated inveigling and persistent importuning. The character of the initiative taken by the police is unaffected by the fact that the law enforcement agency is represented by a member of a police force or an undercover or other agent, paid or unpaid, but operating under the control of the police. In the result, the scheme so perpetrated must in all the circumstances be so shocking and outrageous as to bring the administration of justice into disrepute.

In addition, Estey J. noted that whether or not the police had a reasonable suspicion that the accused would commit the offence without inducement was relevant in the assessment of police conduct, but that "By itself and without more the predisposition in fact of the accused is not relevant to the availability of the defence" (p. 446).

Following a discussion of Canadian jurisprudence respecting the power of a court to control an abuse of its own processes, which discussion is now largely superceded by this Court's authoritative pronouncement in *Jewitt*, *supra*, Estey J. concluded that a court was entitled to enter a stay of proceedings on the basis of entrapment and this remedy was more appropriate than directing a

défense. Par conséquent, pour cette raison de procédure, il peut ne pas être nécessaire d'invoquer le par. 7(3) si ce n'est pour illustrer par analogie la souplesse constante du droit criminel prévu ou non au *Code criminel*. [Je souligne.]

On notera ici que je me référerai aussi à la doctrine reconnue comme étant celle de la «défense de provocation policière», pour les mêmes raisons que le juge Estey. Plus loin dans son opinion, le juge Estey dit, à la p. 447, que le fondement de la défense est le même que dans le cas de l'exclusion des confessions involontaires: «L'intégrité du système de justice criminelle impose cette règle». Quant aux éléments constitutifs de la défense, le juge Estey déclare à la p. 446:

Les éléments principaux ou les caractéristiques du moyen de défense sont qu'une infraction doit être provoquée, amorcée ou occasionnée par la police dont la conduite doit inciter l'accusé à commettre l'infraction; le plan doit avoir pour but de trouver des preuves en vue de poursuivre l'accusé pour le crime même qui a été ainsi provoqué; et l'incitation peut résulter, notamment, de la tromperie, de la fraude, de la supercherie ou d'une récompense, et comportera ordinairement mais pas obligatoirement un piège calculé et des sollicitations répétées. Le fait que le corps policier soit représenté par un policier, un agent secret ou une autre personne, payée ou non, mais qui agit sous les ordres de la police ne change rien à la nature de l'initiative de la police. En définitive, cette machination doit dans tous les cas être si révoltante et si indigne qu'elle ternit l'image de la justice.

En outre, le juge Estey note que la question de savoir si la police avait un soupçon raisonnable que l'inculpé commettrait l'infraction sans incitation joue un rôle dans l'évaluation de la conduite de la police, mais que, «Prise isolément et sans rien d'autre, la prédisposition réelle de l'accusé n'a aucun rapport avec la possibilité de se prévaloir de cette défense» (à la p. 446).

Après une analyse de la jurisprudence canadienne sur le pouvoir d'un tribunal d'empêcher qu'on abuse de ses procédures, analyse aujourd'hui en grande partie caduque par suite de l'arrêt de principe rendu par cette Cour dans l'affaire *Jewitt*, précitée, le juge Estey conclut qu'un tribunal peut suspendre une instance pour cause de provocation

dismissal or ordering that the charge be quashed (pp. 456-57).

Throughout the opinion and in particular at the conclusion, Estey J. acknowledges the role of policy in this area of law. Before turning to an application of the law to the evidence, Estey J. commented at p. 463:

The stay of proceedings in the presence of entrapment finds its way into the law or fails to do so as a matter of judicial view of the proper policy of the law in these circumstances. Which policy will produce a principle of law which will better serve the community in this area of the criminal law has been the subject of thought and debate for a lengthy period. The considerations at play are well known and have been thoroughly analyzed and debated in the courts and by judicial writers.

It is clear that the need for some element of judicial control has been recognized in the common law and that the roots of the doctrine of entrapment are to be found in the common law. I am of the view that it is open to this Court and consistent with authority to recognize a defence of entrapment and to give effect to it in proper cases.

This Court was again faced with the issue of entrapment, in an indirect manner, in *Jewitt*, *supra*. In *Jewitt* the narrow issue was whether a judicially imposed stay of proceedings was tantamount to a "judgment or verdict of acquittal of a trial court" from which the Crown was entitled to launch an appeal under s. 605(1)(a) of the *Code*. This Court held that the Crown was entitled to appeal from a stay. The accused had been charged with trafficking in a narcotic but the jury found there was entrapment and the trial judge directed that the proceedings be stayed. Before the Court of Appeal, the Crown alleged the defence was not available to the accused and the trial judge erred in his instruction to the jury as to what constitutes entrapment. It was also alleged that the trial judge erred in instructing the jury that the onus lay on the Crown to establish beyond a reasonable doubt that there was no entrapment.

A majority of the British Columbia Court of Appeal dismissed the appeal for want of jurisdic-

policière et que cela vaut mieux que d'acquitter ou de casser l'inculpation (aux pp. 456 et 457).

Tout au long de son opinion et notamment en conclusion, le juge Estey reconnaît le rôle de la politique générale adoptée dans ce domaine du droit. Avant d'apprécier la preuve au regard du droit, le juge Estey fait le commentaire suivant à la p. 463:

Lorsqu'il y a provocation policière, la suspension d'instance est admise ou rejetée en droit selon les règles juridiques que les juges estiment appropriées dans les circonstances. La question de savoir quelles règles produiront un principe de droit qui servira mieux la société dans ce domaine du droit criminel fait depuis longtemps l'objet de réflexions et de discussions. Les considérations en jeu sont bien connues et ont été analysées et discutées en profondeur par les cours et les auteurs.

Il est clair que la *common law* reconnaît la nécessité de certains éléments de contrôle judiciaire et que c'est dans la *common law* qu'on trouve la source de la doctrine de la provocation policière. Je suis d'avis que cette Cour peut, conformément à la jurisprudence, admettre une défense de provocation policière et l'appliquer dans les circonstances appropriées.

Cette Cour a à nouveau été saisie de la question de la provocation policière, de manière indirecte, dans l'affaire *Jewitt*, précitée, où la question précise était de savoir si une suspension judiciaire d'instance équivaut à un «jugement ou verdict d'acquiescement d'une cour de première instance» dont le ministère public peut interjeter appel en vertu de l'al. 605(1)a) du *Code*. Cette Cour a jugé que le ministère public pouvait former appel contre une suspension. L'accusé avait été inculpé de trafic de stupéfiants, mais le jury avait jugé qu'il y avait eu provocation policière et le juge du procès a ordonné la suspension d'instance. Devant la Cour d'appel, le ministère public a allégué que l'accusé ne pouvait se prévaloir de cette défense et que le juge du procès avait mal instruit le jury sur ce qui constitue la provocation policière. Le juge du procès aurait aussi eu tort de donner comme directive au jury que le ministère public avait la charge d'établir hors de tout doute raisonnable qu'il n'y avait pas eu provocation policière.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à la majorité, a rejeté l'appel, se jugeant incompé-

tion. Anderson J.A. thought the Court of Appeal had jurisdiction but would have dismissed the appeal in any event. In this Court it was held that firstly, a trial judge had the discretion to enter a stay of proceedings for abuse of process and secondly, a stay in the circumstances of the case at bar amounted to a judgment or verdict of acquittal and thus was subject to appeal by the Crown pursuant to s. 605(1)(a) of the *Criminal Code*. (Section 605 has since been amended to provide expressly for this avenue of appeal, see: *Criminal Law Amendment Act, 1985*, S.C. 1985, c. 19, s. 137(2).)

In the course of giving reasons on behalf of a unanimous Court, Dickson C.J. explained, at p. 145, that the question of abuse of process was not one of fact alone and cited the definition of entrapment referred to earlier:

Staying proceedings on the basis of abuse of process, and in particular, on the basis of the defence of entrapment, in my view, amounts to a decision on a complex question of law and fact. Entrapment has been defined as the conception and planning of an offence by a law enforcement officer and his procurement of its commission by one who would not have perpetrated it except for the trickery, persuasion or fraud of the officer; see *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435 (1932) at p. 454. This is more than a mere procedural defect. [Emphasis added.]

This Court was of the view that in determining whether a stay in such circumstances amounted to an acquittal it was important to put substance over form. Dickson C.J. referred to Anderson J.A.'s point that an absurd result would follow if a dismissal of a charge on the ground of abuse of process gave rise to an appeal, but an entry of a stay on the same basis would not. In the same manner it would not be rational to permit an appeal from a stay entered because of a *Charter* violation, but to deny an appeal for a stay arising from a finding of abuse of process because of entrapment (pp. 146-48).

In allowing the appeal on the ground that the British Columbia Court of Appeal erred in its

tente. Le juge Anderson pensait que la Cour d'appel était compétente, mais il aurait rejeté l'appel de toute façon. En cette Cour, il a été jugé que, premièrement, le juge du procès jouissait du pouvoir discrétionnaire de suspendre l'instance pour abus de procédure et, deuxièmement, qu'une suspension, dans les circonstances de l'espèce, équivalait à un jugement ou verdict d'acquiescement et que, par conséquent, elle pouvait faire l'objet d'un appel du ministère public sur le fondement de l'al. 605(1)a) du *Code criminel*. (L'article 605 a depuis été modifié afin de prévoir expressément cette voie d'appel, voir: *Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, S.C. 1985, chap. 19, par. 137(2).)

Dans le cours de ses motifs, au nom de la Cour unanime, le juge en chef Dickson explique à la p. 145 que la question de l'abus de procédure n'est pas purement une question de fait, et il cite la définition de la provocation policière mentionnée antérieurement:

La suspension d'instance fondée sur l'abus de procédure et en particulier sur la provocation policière invoquée comme moyen de défense équivaut, à mon avis, à une décision portant sur une question complexe de droit et de fait. La provocation policière a été définie comme la conception et la planification d'une infraction par un agent de la paix qui la fait commettre par une personne qui ne l'aurait pas perpétrée n'eût été de la ruse, de la persuasion ou de la supercherie de l'agent; voir *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435 (1932), à la p. 454. C'est plus qu'un simple vice de procédure. [Je souligne.]

Cette Cour a été d'avis que, pour décider si une suspension dans de telles circonstances équivaut à un acquiescement, il importait de ne pas sacrifier le fond à la forme. Le juge en chef Dickson se réfère à l'argument du juge Anderson, qu'il serait absurde que le rejet d'une inculpation pour cause d'abus de procédure donne ouverture à un appel mais qu'une suspension, sur le même fondement, n'y donne pas ouverture. De la même manière, il ne serait pas rationnel d'autoriser un appel contre une suspension pour violation de la *Charte*, mais de rejeter un appel contre une suspension pour cause d'abus de procédure en raison d'une provocation policière (aux pp. 146 à 148).

En accueillant le pourvoi parce que la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique sur

decision that it lacked jurisdiction, this Court declined to address the other grounds of appeal which I referred to earlier. These arguments were remitted to the Court of Appeal for hearing and determination. I have been unable to locate any further decisions reporting those proceedings.

B: American Developments

The history of developments in the United States has been referred to by Laskin C.J. in *Kirzner, supra*, and canvassed by Estey J. in *Amato, supra*. I find it necessary however to repeat this history for the purposes of the present appeal because of the intervening event of the *Charter* in Canadian law, and because I am not sure the problems associated with the subjective or predisposition method were fully addressed earlier. Further, the emergence of the due process defence has not been explained. As a result, the decisions of the United States Supreme Court will have to be reviewed at some length. I would, however, sound a note of caution before turning to the American jurisprudence. While much of which has been said in the American courts and by academic writers is extremely useful, the context of the American experience and allocation of power between the executive and judicial branches, and between the federal and state courts, must not be ignored. Nor would it be safe to forget that the federal courts have a limited jurisdiction in the United States. The defence of entrapment is especially complicated because it is not grounded in the American Constitution and the various states are free to follow whatever approach they want. Some states adopt a subjective test while others adopt an objective one and some use a combination of the two. There is also considerable variation in the procedural rules associated with the determination of an entrapment allegation. I have confined my summary to the decisions of the Supreme Court to avoid confusion.

In dealing with the issue of improper law enforcement techniques we are obviously not restricted in our analysis to the approaches fol-

son défaut de compétence était mal fondée, cette Cour a refusé de se prononcer sur les autres moyens de pourvoi déjà mentionnés. Elle en saisissait à nouveau la Cour d'appel, qui devait statuer sur ceux-ci après audition. Je n'ai pu découvrir aucune décision ultérieure rapportant cette instance.

B: Développements aux États-Unis

Le juge en chef Laskin, dans l'arrêt *Kirzner*, précité, rappelle l'histoire des développements jurisprudentiels du concept aux États-Unis et le juge Estey procède à leur analyse dans l'arrêt *Amato*, précité. J'estime nécessaire néanmoins de réexposer cette histoire pour les fins du pourvoi, en raison de l'incidence de la *Charte* en droit canadien et aussi parce que je ne suis pas certain que les problèmes liés à la méthode subjective, ou predisposition, ont été suffisamment examinés précédemment. De plus, l'apparition de la défense de l'application régulière de la loi n'a pas été expliquée. Il s'ensuit que les arrêts de la Cour suprême des États-Unis devront être examinés en profondeur. Je désire néanmoins, avant de me tourner vers la jurisprudence américaine, rappeler la prudence qui s'impose dans ce cas. Si beaucoup de ce que la doctrine et les tribunaux américains ont dit peut se révéler extrêmement utile, le contexte de l'expérience américaine, le partage des pouvoirs exécutif et judiciaire et le partage des compétences entre les tribunaux fédéraux et d'États, ne doivent pas être méconnus. Il serait imprudent aussi d'oublier que les tribunaux fédéraux n'ont qu'une compétence limitée aux États-Unis. La défense de provocation policière y est particulièrement complexe, parce qu'elle n'est pas fondée sur la Constitution américaine et que les divers États sont libres de suivre l'orientation qu'ils veulent. Certains États ont adopté un critère subjectif, d'autres un critère objectif et, certains, un critère mixte, combinant les deux. Il y a aussi variation considérable des règles de procédure associées à l'examen d'une allégation de provocation policière. Je vais limiter mon résumé aux décisions de la Cour suprême pour éviter la confusion.

En traitant de la question des techniques irrégulières employées pour faire respecter la loi, nous ne sommes, de toute évidence, pas restreints dans

lowed in the American courts. Nonetheless, it would be to our own detriment not to seriously consider the jurisprudence in the United States Supreme Court as the Justices of that Court have fully engaged themselves in a vigorous debate which allows us to consider with an open mind the advantages and disadvantages of each of the approaches articulated in these judgments.

A review of the leading decisions of the Supreme Court of the United States indicates that there are three main approaches to the issue of impermissible law enforcement techniques. The three have been generally referred to as the "subjective", favoured by a majority of the Court; the "objective", consistently favoured by a minority; and more recently, the "due process" defence, the support for which is somewhat unclear. Each of these will be examined in turn by reference to the following decisions: *Sorrells v. United States*, *supra*; *Sherman v. United States*, 356 U.S. 369 (1958); *United States v. Russell*, 411 U.S. 423 (1973); and *Hampton v. United States*, 425 U.S. 484 (1976).

A successful entrapment defence under the subjective approach has two components: government inducement and a lack of predisposition on the part of the accused to engage in the criminal conduct. This view was first enunciated in *Sorrells*, *supra*, implicitly reaffirmed by the majority in *Sherman*, *supra*, and expressly reaffirmed in *Russell*, *supra*.

In *Sorrells*, *supra*, a government agent posing as a tourist visited the home of the accused. He asked twice if the accused would obtain alcohol for him, but the accused refused. The agent then engaged the defendant in a conversation relating to their shared war experiences and, after securing the accused's trust, asked again if alcohol could be obtained. The accused finally acceded to the request and was charged with a violation of the *National Prohibition Act*.

notre analyse aux façons d'aborder le problème adoptées par les tribunaux américains. Néanmoins, ne pas étudier sérieusement la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis serait à notre propre détriment, les juges de cette Cour s'étant pleinement engagés dans un débat vigoureux qui nous permet de considérer avec une grande ouverture d'esprit les avantages et les désavantages de chacune des façons d'aborder le problème dans ces arrêts.

Un examen des décisions de principe de la Cour suprême des États-Unis révèle trois façons principales d'aborder la question des techniques irrégulières employées pour faire respecter la loi. En général, on a qualifié ces trois orientations de conception «subjective», que favorise une majorité de juges de la Cour; de conception «objective», qu'a toujours favorisée la minorité; et, plus récemment, de défense «d'application régulière de la loi», dont on ne sait trop qui la préconise. Je les étudierai tour à tour en me reportant aux arrêts suivants: *Sorrells v. United States*, précité, *Sherman v. United States*, 356 U.S. 369 (1958), *United States v. Russell*, 411 U.S. 423 (1973) et *Hampton v. United States*, 425 U.S. 484 (1976).

Une défense efficace de provocation policière selon la conception subjective a deux composantes: l'incitation du gouvernement et l'absence de prédisposition ou de propension de l'inculpé à faire preuve d'un comportement criminel. Cette opinion a d'abord été énoncée dans l'arrêt *Sorrells*, précité, tacitement réaffirmé par la majorité dans l'arrêt *Sherman*, précité, et expressément réaffirmé dans l'arrêt *Russell*, précité.

Dans l'affaire *Sorrells*, précitée, un agent du gouvernement se présentant comme un touriste avait rendu visite au prévenu chez lui. À deux reprises, il avait demandé au prévenu de lui obtenir de l'alcool, mais le prévenu avait refusé. L'agent a alors fait porter la conversation sur leurs souvenirs de guerre réciproques puis, après avoir gagné sa confiance, lui a demandé à nouveau si l'on pouvait se procurer de l'alcool. Le prévenu a finalement accédé à sa demande et a été inculpé de violation du *National Prohibition Act*.

The Court held (McReynolds J. dissenting), that the accused had been entrapped, but the views of the majority and the minority differ sharply on the conceptual basis of the defence, and the manner in which a court should consider a claim. The same division of opinion appears in *Sherman, supra*, although again both the majority and minority agreed there had been entrapment as a matter of law. In *Sherman, supra*, a government informer came into contact with the accused at a doctor's office where the accused was being treated for a narcotic addiction. There were several accidental meetings thereafter and the two eventually began discussing their presumed common illness and efforts to be cured. The informer, asserting he was not responding to treatment, asked the accused if he knew of a source for narcotics. The accused attempted to avoid the issue but after many repeated requests predicated on the informer's alleged suffering, the accused obtained narcotics and was subsequently charged. Since the opinions of the majority and minority are similar in *Sorrells, supra*, and *Sherman, supra*, I find it convenient to deal with both decisions at the same time.

The majority states that the function of law enforcement does not include the manufacture of crime; rather it is to be directed at the prevention of crime and the apprehension of criminals (*Sherman, supra*, at p. 372). To this end, the government is entitled to afford opportunities or facilities for the commission of an offence and in so doing may employ artifice, stealth and strategy. However,

A different question is presented when the criminal design originates with the officials of the Government, and they implant in the mind of an innocent person the disposition to commit the alleged offence and induce its commission in order that they may prosecute.

(*Sorrells, supra*, at p. 442, cited in *Sherman, supra*, at p. 372, and again in *Russell, supra*, at pp. 434-35).

In *Sorrells, supra*, the majority were clearly wary of relying on any inherent jurisdiction or

La Cour a jugé (le juge McReynolds étant dissident) que le prévenu avait été victime d'une provocation policière, mais les vues de la majorité et celles de la minorité diffèrent profondément sur le fondement conceptuel de la défense et sur la manière dont un tribunal devrait la considérer. Le même partage d'opinions se retrouve dans l'arrêt *Sherman*, précité, quoique, ici encore, tant la majorité que la minorité aient convenu qu'il y avait eu provocation policière en droit. Dans l'affaire *Sherman*, précitée, un indicateur du gouvernement avait pris contact avec l'accusé chez le médecin où celui-ci se faisait traiter pour narcomanie. Ont suivi plusieurs rencontres accidentelles, tous deux finissant par se faire des confidences sur leur supposée affliction commune et leurs efforts pour se soigner. L'indicateur, prétextant qu'il ne répondait pas au traitement, a demandé à l'accusé s'il savait où se procurer des stupéfiants. L'accusé a tenté d'éluder la question mais, après plusieurs demandes répétées, cautionnées par les prétendues souffrances de l'indicateur, l'accusé s'est procuré des stupéfiants et a été subséquemment inculpé. Comme les opinions de la majorité et celles de la minorité sont demeurées les mêmes dans l'arrêt *Sorrells* et dans l'arrêt *Sherman*, précités, il m'a semblé plus commode de traiter des deux arrêts en même temps.

La majorité dit que la fonction qui consiste à faire respecter la loi ne saurait comporter l'élaboration d'un crime; elle vise plutôt la prévention du crime et l'arrestation des criminels (*Sherman*, précité, à la p. 372). À cette fin, le gouvernement est autorisé à créer les occasions, ou à fournir les moyens, de commettre une infraction et, ce faisant, à avoir recours à des artifices, à de la stratégie et à agir subrepticement. Toutefois,

[TRADUCTION] Une question différente se pose lorsque le dessein criminel provient des fonctionnaires et qu'ils implantent dans l'esprit d'un innocent l'intention de perpétrer l'infraction imputée et qu'ils l'incitent à la commettre pour pouvoir intenter des poursuites.

(Arrêt *Sorrells*, précité, à la p. 442, cité dans l'arrêt *Sherman*, précité, à la p. 372 et à nouveau dans l'arrêt *Russell*, précité, aux pp. 434 et 435.)

Dans l'arrêt *Sorrells*, précité, la majorité a manifestement évité de se fonder sur quelque com-

supervisory power which could empower the Court to shield an accused from prosecution for an offence which was the “creative activity” (p. 451) of the government. To justify the Court’s interference in the prosecution they invoked a rule of statutory construction against the literal interpretation of statutes where it would result in flagrant injustice or absurd consequences. Hughes C.J., on behalf of the majority in *Sorrells, supra*, explained at p. 448:

We are unable to conclude that it was the intention of the Congress in enacting this statute that its processes of detection and enforcement should be abused by the instigation by government officials of an act on the part of persons otherwise innocent in order to lure them to its commission and to punish them. We are not forced by the letter to do violence to the spirit and purpose of the statute.

(See also *Sherman, supra*, at p. 372, and *Russell, supra*, at p. 435.)

In deciding whether an accused was “otherwise innocent” the majority in *Sorrells, supra*, stated at pp. 451-52 that the “predisposition and criminal design” of the accused were relevant:

The Government in such a case is in no position to object to evidence of the activities of its representatives in relation to the accused, and if the defendant seeks acquittal by reason of entrapment he cannot complain of an appropriate and searching inquiry into his own conduct and predisposition as bearing upon that issue. If in consequence he suffers a disadvantage, he has brought it upon himself by reason of the nature of the defense.

The majority in *Sherman, supra*, adhered to this approach and further explained that in deciding whether there has been entrapment “a line must be drawn between the trap for the unwary innocent and the trap for the unwary criminal” (p. 372).

The minority judgments in *Sorrells, supra*, and *Sherman, supra*, were authored by Roberts and Frankfurter JJ. respectively. In both cases the statutory construction approach is severely criti-

πέtence inhérente ou quelque pouvoir de contrôle qui aurait permis à la Cour de mettre un inculpé à l’abri de toute poursuite pour une infraction qui ne résultait que de [TRADUCTION] «l’activité créatrice» (à la p. 451) du gouvernement. Pour justifier la Cour de mettre fin à la poursuite, ils ont invoqué une règle d’interprétation non littérale des lois lorsque l’interprétation littérale causerait une injustice flagrante ou entraînerait des conséquences absurdes. Le juge en chef Hughes, au nom des juges de la majorité, dans l’arrêt *Sorrells*, précité, explique à la p. 448:

[TRADUCTION] Il nous est impossible de conclure qu’en adoptant cette loi, le Congrès voulait que les fonctionnaires abusent des procédures de détection et d’application de la loi en inspirant un acte à des personnes par ailleurs innocentes en vue de les amener à l’accomplir et à les punir. Nous ne sommes pas forcés par la lettre à faire violence à l’esprit et à l’objet de la loi.

(Voir aussi *Sherman*, précité, à la p. 372, et *Russell*, précité, à la p. 435.)

Pour décider si l’inculpé était [TRADUCTION] «par ailleurs innocent», la majorité des juges, dans l’arrêt *Sorrells*, précité, dit aux pp. 451 et 452 que [TRADUCTION] «la prédisposition et le dessein criminel» de l’inculpé importent:

[TRADUCTION] Le gouvernement, dans un tel cas, n’est pas en mesure de s’opposer à la preuve des activités de ses représentants relativement à l’inculpé, et si le défendeur recherche un acquittement pour raison de provocation policière, il ne peut se plaindre d’une investigation appropriée et approfondie de son propre comportement et de sa prédisposition parce qu’en rapport avec cette question. Si, en conséquence, il en subit un désavantage, il se l’est lui-même attiré en raison de la nature de la défense.

La majorité des juges dans l’arrêt *Sherman*, précité, adhère à cette conception, expliquant en outre qu’en décidant s’il y a provocation policière [TRADUCTION] «il faut tracer la démarcation entre le piège tendu à l’innocent imprudent et le piège tendu au criminel imprudent» (à la p. 372).

Les opinions minoritaires dans les arrêts *Sorrells*, précité, et *Sherman*, précité, ont pour auteur les juges Roberts et Frankfurter respectivement. Dans les deux cas, le recours aux règles d’interpré-

cized as “strained and unwarranted” (*Sorrells, supra*, at p. 456) and “sheer fiction” (*Sherman, supra*, at p. 379). The minority argue that the acts of the accused fall clearly within the statute because he or she has engaged in conduct that is prohibited and all of the elements of the offence have been met (*Sorrells, supra*, p. 456; *Sherman, supra*, p. 379). In *Sorrells, supra*, Roberts J. stated, at p. 456:

Viewed in its true light entrapment is not a defense to him; his act, coupled with his intent to do the act, brings him within the definition of the law; he has no rights or equities by reason of his entrapment. It cannot truly be said that entrapment excuses him or contradicts the obvious fact of his commission of the offense.

Frankfurter J. makes the further point in *Sherman, supra*, at p. 380, that viewing entrapment as going to the innocence of the accused ignores the anomaly that the defence is not available to one who is induced by a private individual into committing an offence:

If [the defendant] is to be relieved from the usual punitive consequences, it is on no account because he is innocent of the offense described. In these circumstances, conduct is not less criminal because the result of temptation, whether the tempter is a private person or a government agent or informer.

The minority assert that the recognition of the defence rests instead on public policy considerations. As stated by Roberts J. in *Sorrells, supra*, at p. 457:

The doctrine rests, rather, on a fundamental rule of public policy. The protection of its own functions and the preservation of the purity of its own temple belongs only to the court. It is the province of the court and of the court alone to protect itself and the government from such prostitution of the criminal law.

The court has an obligation, with the power derived from its inherent jurisdiction, to refuse to lend its processes and effectuate the enforcement of the law by “lawless means or means that violate rationally vindicated standards of justice” (*Sher-*

tation des lois est sévèrement critiqué comme étant [TRADUCTION] «forcé et injustifié» (*Sorrells, précité*, à la p. 456) et [TRADUCTION] «de la pure fiction» (*Sherman, précité*, à la p. 379). La minorité soutient que les actes de l'inculpé sont clairement visés par la loi, parce qu'il a fait preuve d'un comportement prohibé et que tous les éléments de l'infraction sont réunis (*Sorrells, précité*, à la p. 456; *Sherman, précité*, à la p. 379). Dans l'arrêt *Sorrells, précité*, le juge Roberts dit à la p. 456:

[TRADUCTION] Vue sous son véritable jour, la provocation policière n'est pas pour lui une défense; son acte, joint à son intention de l'accomplir, le fait tomber sous le coup de la loi; il n'acquiert aucun droit, légal ou moral, en raison de la provocation policière dont il est victime. On ne peut dire en vérité que la provocation policière l'excuse ni qu'elle contredit le fait manifeste qu'il a commis l'infraction.

Le juge Frankfurter fait en outre observer dans l'arrêt *Sherman, précité*, à la p. 380, que considérer que la provocation policière peut innocenter l'inculpé c'est oublier, étrange anomalie, que celui qui est incité par une personne privée à commettre une infraction ne peut pas invoquer ce moyen de défense:

[TRADUCTION] Si [le défendeur] doit échapper aux conséquences pénales habituelles, ce n'est nullement parce qu'il est innocent de l'infraction décrite. Dans ces circonstances, un comportement n'est pas moins criminel parce qu'il résulte de la tentation, que le tentateur soit une personne privée, un agent du gouvernement ou un indicateur.

La minorité soutient que la reconnaissance de la défense se fonde plutôt sur des considérations d'ordre public. Comme le dit le juge Roberts dans l'arrêt *Sorrells, précité*, à la p. 457:

[TRADUCTION] La doctrine repose, plutôt, sur une règle fondamentale d'ordre public. C'est à la cour seulement qu'il appartient de protéger ses fonctions et de préserver le caractère sacré du temple de la justice. Il appartient à la cour et à la cour seulement de se protéger elle-même et de protéger le gouvernement de cette perversion du droit criminel.

Le tribunal a l'obligation, de par le pouvoir qu'elle tient de sa compétence inhérente, de refuser de laisser utiliser sa procédure et d'appliquer la loi [TRADUCTION] «par des moyens illégaux ou par des moyens qui enfreignent des normes de justice

man, supra, at p. 380). Frankfurter J. asserted that the concerns raised by an entrapment case extend beyond the particular accused (*Sherman, supra*, at p. 380):

Public confidence in the fair and honorable administration of justice, upon which ultimately depends the rule of law, is the transcending value at stake.

Having established the theoretical underpinnings to its version of the entrapment claim, the minority conclude that the central question in each case is “whether the police conduct . . . falls below standards, to which common feelings respond, for the proper use of government power” (*Sherman, supra*, at p. 382). The minority in *Sherman* advocated an objective test in answering the above question. The government was fully entitled to act in such a manner as to detect those engaged in criminal conduct and ready and willing to engage in further crimes should the occasion arise, and the state may offer inducements that were likely to attract those people. What the government was prohibited from doing is offering inducements to “others who would normally avoid crime and through self-struggle resist ordinary temptations” (p. 384). The advantage of this approach is described by Frankfurter J. as follows, at p. 384:

This test shifts attention from the record and predisposition of the particular defendant to the conduct of the police and the likelihood, objectively considered, that it would entrap only those ready and willing to commit crime. It is as objective a test as the subject matter permits, and will give guidance in regulating police conduct that is lacking when the reasonableness of police suspicions must be judged or the criminal disposition of the defendant retrospectively appraised.

In terms of factors which would be relevant to this analysis, Frankfurter J., at pp. 384-85, referred to the following: the setting in which the inducements occurred, the nature of the crime, its secrecy and difficulty of detection, and the manner

qui se justifie rationnellement» (*Sherman*, précité, à la p. 380). Le juge Frankfurter soutient qu’une affaire de provocation policière met en jeu des considérations qui dépassent l’inculpé en cause ^a (*Sherman*, précité, à la p. 380):

[TRADUCTION] La confiance du public dans l’administration impartiale et honorable de la justice, dont dépend en définitive le principe de légalité, est la valeur transcendantale en jeu.

Ayant établi les fondements théoriques de sa version de la provocation policière, la minorité conclut que la question centrale, dans chaque cas, est de savoir [TRADUCTION] «si la conduite de la police [. . .] est en deçà des normes qui constituent un consensus à l’égard de l’utilisation à bon escient du pouvoir du gouvernement» (*Sherman*, précité, à la p. 382). La minorité, dans l’arrêt *Sherman*, a plaidé en faveur d’un critère objectif en réponse à la question qui précède. Le gouvernement est pleinement justifié d’agir de façon à pouvoir déceler ceux qui ont un comportement criminel, qui sont prêts et désireux de commettre d’autres crimes ^e lorsque l’occasion s’en présente, et l’État peut leur offrir les incitations susceptibles de les attirer. Ce qu’il était interdit au gouvernement de faire, c’était d’entraîner par ses incitations [TRADUC- ^f TION] «ceux qui normalement évitent le crime et qui, par discipline, résistent aux tentations ordinaires» (à la p. 384). L’avantage de cette démarche est décrit par le juge Frankfurter en ces termes à la p. 384:

[TRADUCTION] Ce critère déplace l’attention du casier judiciaire et des prédispositions du défendeur visé vers la conduite de la police et la possibilité, prise objectivement, que cette conduite encourage uniquement les personnes qui sont prêtes et disposées à commettre un ^h crime. C’est un critère aussi objectif que le permet le sujet, et qui servira de guide régulateur de la conduite de la police, laquelle est absente lorsqu’il faut juger si les soupçons des policiers sont raisonnables ou qu’il faut évaluer rétrospectivement la propension au crime du ⁱ défendeur.

Pour ce qui est des facteurs qui seraient pertinents dans cette analyse, le juge Frankfurter mentionne aux pp. 384 et 385 les suivants: le cadre dans lequel les incitations ont été faites, la nature du crime, le secret l’entourant et la difficulté de le

in which the particular criminal activity is usually carried out.

The minority finds the majority's reliance on the origin of intent quite misplaced because in their view, "in every case of this kind the intention that the particular crime be committed originates with the police, and without their inducement the crime would not have occurred" (*Sherman, supra*, p. 382). The minority have particular disdain for the majority's reliance on the predisposition of the accused because in their view it is an incoherent and unprincipled basis upon which to allow for a difference in the treatment of two accused. Roberts J. in *Sorrells, supra*, explained at pp. 458-59:

Whatever may be the demerits of the defendant or his previous infractions of law these will not justify the instigation and creation of a new crime, as a means to reach him and punish him for his past misdemeanors. He has committed the crime in question, but, by supposition, only because of instigation and inducement by a government officer. To say that such conduct by an official of government is condoned and rendered innocuous by the fact that the defendant had a bad reputation or had previously transgressed is wholly to disregard the reason for refusing the processes of the court to consummate an abhorrent transaction. It is to discard the basis of the doctrine and in effect to weigh the equities as between the government and the defendant when there are in truth no equities belonging to the latter, and when the rule of action cannot rest on any estimate of the good which may come of the conviction of the offender by foul means. The accepted procedure, in effect, pivots conviction in such cases, not on the commission of the crime charged, but on the prior reputation or some former act or acts of the defendant not mentioned in the indictment.

In *Sherman, supra*, Frankfurter J. repeated this criticism and elaborated upon it in the following passage at p. 383:

Permissible police activity does not vary according to the particular defendant concerned; surely if two suspects have been solicited at the same time in the same manner, one should not go to jail simply because he has

déceler, et le mode d'exercice habituel de l'activité criminelle particulière.

La minorité estime particulièrement déplacé de la part de la majorité de se fonder sur l'origine de l'intention puisque, à son avis, [TRADUCTION] «dans chaque cas de ce genre, l'intention de commettre le crime en cause a pour origine les policiers et, sans leur incitation, le crime n'aurait pas eu lieu» (*Sherman*, précité, p. 382). La minorité a particulièrement du dédain pour le recours de la majorité à la prédisposition de l'inculpé, parce qu'à son avis c'est là un fondement illogique et contraire à tout principe que de se permettre de traiter différemment deux inculpés. Le juge Roberts, dans l'arrêt *Sorrells*, précité, explique aux pp. 458 et 459:

[TRADUCTION] Quels que puissent être les démérites du défendeur ou ses précédentes infractions à la loi, ils ne sauraient justifier l'instigation d'un nouveau crime ni son élaboration, comme moyen de l'atteindre et de le sanctionner pour ses méfaits passés. Il a commis le crime en question, mais, suppose-t-on, seulement à l'instigation et à l'incitation d'un agent du gouvernement. Dire qu'un tel comportement de la part d'un agent du gouvernement est acceptable et qu'il est rendu inoffensif par le fait que le défendeur avait mauvaise réputation ou a antérieurement transgressé la loi, c'est ne tenir aucun compte de la raison du refus de laisser la procédure judiciaire consacrer une tractation répugnante. C'est ne tenir aucun compte du fondement de la doctrine et, en fait, c'est mettre en balance les consciences du gouvernement et du défendeur, alors qu'en vérité aucun droit moral ne saurait être reconnu à ce dernier et alors que la règle de comportement ne saurait reposer sur une quelconque évaluation du bien pouvant ressortir d'une déclaration de culpabilité à l'endroit du délinquant obtenue par des moyens déloyaux. Selon la procédure acceptée, en fait, l'obtention d'une déclaration de culpabilité se joue, dans ces cas, non sur la perpétration du crime visé par l'inculpation, mais sur la réputation antérieure ou sur un ou des actes antécédents du défendeur que ne mentionne pas l'acte d'accusation.

Dans l'arrêt *Sherman*, précité, le juge Frankfurter reprend cette critique et l'examine plus en détail dans le passage suivant à la p. 383:

[TRADUCTION] L'activité policière permise ne varie pas avec chaque défendeur visé; il est certain que si deux suspects ont été sollicités en même temps et de la même façon, on ne doit pas en condamner un simplement parce

been convicted before and is said to have a criminal disposition. No more does it vary according to the suspicions, reasonable or unreasonable, of the police concerning the defendant's activities. Appeals to sympathy, friendship, the possibility of exorbitant gain, and so forth, can no more be tolerated when directed against a past offender than against an ordinary law-abiding citizen. A contrary view runs afoul of fundamental principles of equality under law, and would espouse the notion that when dealing with the criminal classes anything goes. The possibility that no matter what his past crimes and general disposition the defendant might not have committed the particular crime unless confronted with inordinate inducements, must not be ignored. Past crimes do not forever outlaw the criminal and open him to police practices, aimed at securing his repeated conviction, from which the ordinary citizen is protected.

As a result of the majority decisions in *Sorrells* and *Sherman*, the subjective approach was followed in the federal courts. However, an attempt had been made by some of the Circuit Courts to allow an entrapment claim even when the predisposition of the accused had been established (see: *United States v. Bueno*, 447 F.2d 903 (5th Cir. 1971), and *Greene v. United States*, 454 F.2d 783 (9th Cir. 1971)). In *Russell*, *supra*, this trend was reversed to some extent. *Russell* was the first entrapment case in which the Court was divided on the result, as well as on the doctrinal foundation of the defence. *Russell* also signalled a movement towards recognizing a due process defence.

In *Russell* the government agent, assigned to locate a laboratory where it was thought methamphetamine was being made illegally, told the accused he represented an association interested in controlling the manufacture and sale of methamphetamine. He offered to supply the accused with an essential ingredient which was difficult to obtain although not illegal, in return for one-half of the drug produced. The condition was that the agent be shown the laboratory and a sample. This condition was met. Later the agent observed the manufacturing process and the agreed to transaction was completed. The accused was convicted at

qu'il a déjà été condamné et qu'on dit qu'il a des penchants criminels. Elle ne varie pas non plus en fonction des soupçons, raisonnables et déraisonnables qu'entretient la police au sujet des activités du défendeur. Les appels à la sympathie, à l'amitié, l'appât d'un gain exorbitant, etc., ne sauraient être tolérés lorsqu'ils s'adressent à un ancien délinquant, pas plus que dans le cas du citoyen ordinaire, respectueux des lois. L'opinion contraire se heurte aux principes fondamentaux de l'égalité devant la loi, et ce serait épouser la notion que, lorsqu'on a affaire à la gent criminelle, tout va. La possibilité que, quels qu'aient été ses crimes passés et sa propension générale, le défendeur pourrait ne pas avoir commis le crime en cause s'il n'avait été confronté à des incitations hors de l'ordinaire, ne doit pas être oubliée. Les crimes antérieurs ne mettent pas le criminel éternellement hors la loi, à la merci des intrigues de la police, afin d'obtenir dans son cas des déclarations de culpabilité répétées, ce dont le citoyen ordinaire est à l'abri.

En conséquence des décisions de la majorité dans les arrêts *Sorrells* et *Sherman*, la conception subjective a été suivie par les tribunaux fédéraux. Mais, certaines cours de circuit ont voulu faire droit à une allégation de provocation policière même lorsque la prédisposition de l'inculpé avait été établie (voir: *United States v. Bueno*, 447 F.2d 903 (5th Cir. 1971), et *Greene v. United States*, 454 F.2d 783 (9th Cir. 1971)). Dans l'arrêt *Russell*, précité, cette tendance a été renversée dans une certaine mesure. L'arrêt *Russell* fut la première affaire de provocation policière où la Cour s'est partagée autant dans ses conclusions que sur le fondement doctrinal de la défense. L'arrêt *Russell* révèle aussi un mouvement vers la reconnaissance de la défense d'application régulière de la loi.

Dans l'affaire *Russell*, l'agent du gouvernement, ayant pour mission de découvrir le lieu secret d'un laboratoire servant, pensait-on, à la fabrication illégale de méthamphetamine, avait déclaré à l'inculpé représenter une association intéressée au contrôle de la fabrication et de la vente de méthamphetamine. Il avait offert de lui fournir un ingrédient essentiel, difficile à obtenir, tout en n'étant pas illégal, en retour de la moitié de la drogue fabriquée, à la condition qu'on lui montre le laboratoire et qu'on lui fournisse un échantillon. Ce qui fut fait. Ultérieurement, l'agent a pu observer le procédé de fabrication et la transaction

trial of unlawfully manufacturing and selling methamphetamine.

On appeal, the accused conceded that the jury was entitled to find that he was predisposed. The Court of Appeals, however, held that entrapment existed as a matter of law whenever the court was of the opinion there had been "an intolerable degree of governmental participation in the criminal enterprise" (*United States v. Russell*, 459 F.2d 671 (9th Cir. 1972), at p. 673). The United States Supreme Court reversed that holding. Rehnquist J., writing for the majority, held that the principal element of entrapment was the accused's lack of predisposition to commit the crime and the concession by the accused in the Court of Appeals was fatal to his claim of entrapment.

The majority refused the invitation to give the defence of entrapment a constitutional dimension and the holdings in *Sorrells*, *supra*, and *Sherman*, *supra*, were expressly reaffirmed. The constitutional argument was that the government's involvement in the manufacture of the crime was so high that it violated the fundamental principles of due process to permit prosecution. The suggested analogy to the exclusionary rule adopted for illegal search and seizures and confessions was held to be imperfect because in the case at bar there had not been a violation of an independent constitutional right of the accused. Nor had the government agent violated any law in infiltrating the drug business. Rehnquist J. also rejected the argument that due process is violated whenever a government agent provides an indispensable mean to the commission of a crime; it had not been demonstrated that it was impossible to obtain the necessary ingredient. The door was left open for future due process claims, however, as Rehnquist J. stated at pp. 431-32:

While we may someday be presented with a situation in which the conduct of law enforcement agents is so outrageous that due process principles would absolutely bar the government from invoking judicial processes to

convenue a été conclue. À son procès, l'inculpé a été reconnu coupable de fabrication et de vente illicites de méthamphétamine.

En appel, l'inculpé a admis que le jury était en droit de le juger prédisposé. La Cour d'appel a néanmoins jugé qu'en droit il y avait provocation policière dès lors que, de l'avis du tribunal, il y ait eu [TRADUCTION] «un degré intolérable de participation du gouvernement à l'entreprise criminelle» (*United States v. Russell*, 459 F.2d 671 (9th Cir. 1972), à la p. 673). La Cour suprême des États-Unis a infirmé cet arrêt. Le juge Rehnquist, écrivant au nom de la majorité, conclut que l'élément principal de la provocation policière est l'absence de propension chez l'inculpé à commettre le crime; la concession faite par l'inculpé à la Cour d'appel était fatale à son allégation de provocation policière.

La majorité a refusé de donner, comme on l'y invitait, à la défense de provocation policière une dimension constitutionnelle et a réaffirmé expressément les arrêts *Sorrells* et *Sherman*, précités. L'argument constitutionnel était que l'État avait à ce point contribué à créer un crime qu'il y avait violation des principes fondamentaux d'application régulière de la loi autorisant les poursuites. L'analogie proposée avec la règle d'exclusion adoptée pour les fouilles, perquisitions, saisies et confessions illégales a été jugée boiteuse, puisqu'en l'espèce il n'y avait pas eu violation d'un autre droit constitutionnel de l'inculpé. L'agent du gouvernement n'avait d'ailleurs violé aucune loi en s'infiltrant dans les milieux de la drogue. Le juge Rehnquist a aussi rejeté l'argument voulant qu'il y ait atteinte à l'application régulière de la loi dans tous les cas où un agent du gouvernement fournit un moyen indispensable de commettre le crime; il n'avait pas été démontré qu'il était impossible d'obtenir l'ingrédient nécessaire. Toutefois, la porte était laissée ouverte à d'éventuelles demandes sur le fondement du principe de l'application régulière de la loi. Le juge Rehnquist dit aux pp. 431 et 432:

[TRADUCTION] Il se peut qu'un jour nous soyons saisis d'un cas où le comportement des agents responsables de l'application de la loi sera à ce point outrageant que les principes de l'application régulière de la loi

obtain a conviction, cf. *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952), the instant case is distinctly not of that breed.

Rehnquist J. referred to the criticism that had been made of the subjective approach, in particular, the limitation of the defence to entrapment by government agents and the doubt that predisposition could be factually established with the necessary degree of certainty. It was admitted that these points were “not devoid of appeal” (p. 433). Rehnquist J. felt, however, that the minority’s approach was equally problematic because in denying the right of the government to rebut the claim of inducement by showing the conduct was due to the accused’s own readiness, it would likely be impossible to obtain convictions where the criminal transaction occurs in secret (p. 434). In addition, Rehnquist J. questioned the propriety of barring the prosecution of an accused who had planned and actually committed a crime “simply because government undercover agents subjected him to inducements which might have seduced a hypothetical individual who was not so predisposed” (p. 434). Regarding lower court decisions which barred prosecution because of a perception of “overzealous law enforcement”, Rehnquist J. warned that the defence accepted in *Sorrells*, *supra*, and *Sherman*, *supra*, “was not intended to give the federal judiciary a ‘chancellor’s foot’ veto over law enforcement practices of which it did not approve” (p. 435). The decision of the Court below was viewed as introducing an “unmanageably subjective standard which is contrary to the holdings of this Court in *Sorrells* and *Sherman*” (p. 435). It was also noted that the executive branch of government had the primary responsibility of enforcing federal laws, subject to relevant constitutional and statutory limits, and judicial rules enforcing those limits.

Two dissenting opinions were filed. In a brief statement, Douglas J. (Brennan J. concurring) adopted the views of those advocating the minority

interdiront absolument au gouvernement d’agir en justice pour obtenir une déclaration de culpabilité, voir *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952); cependant, l’espèce n’est indéniablement pas de ce genre.

^a Le juge Rehnquist rappelle les critiques dont a fait l’objet la conception subjective, en particulier, la limitation de la défense à la provocation des agents du gouvernement et le doute exprimé que la ^b prédisposition puisse, dans les faits, être établie avec le degré nécessaire de certitude. Il admet qu’elles ne sont pas [TRADUCTION] «dénudées d’attrait» (à la p. 433). Il estime néanmoins que la conception de la minorité n’est pas sans poser ^c quelque problème également, puisqu’en refusant au gouvernement le droit de combattre une allégation d’incitation, en montrant que le comportement de l’inculpé est dû à sa propre inclination, il serait vraisemblablement impossible d’obtenir des déclarations de culpabilité lorsque la tractation criminelle est secrète (à la p. 434). En outre, il s’interroge sur l’à-propos d’interdire de poursuivre un inculpé qui a prémédité et réellement commis un ^e crime [TRADUCTION] «simplement parce que des agents secrets du gouvernement lui ont fourni des incitations susceptibles de séduire un individu hypothétique qui n’avait pas cette prédisposition» (à la p. 434). En ce qui concerne les décisions ^f d’instance inférieure qui interdisaient de poursuivre pour cause, selon leur perception, [TRADUCTION] «d’application trop zélée de la loi», le juge Rehnquist prévient que la défense acceptée dans les arrêts *Sorrells*, précité, et *Sherman*, précité, ^g [TRADUCTION] «ne visait pas à donner aux cours fédérales un droit de veto absolu sur des méthodes policières qu’elles n’approuvent pas» (à la p. 435). La décision du tribunal d’instance inférieure est perçue comme introduisant une [TRADUCTION] ^h «norme subjective inutilisable, contraire aux conclusions de cette Cour dans ses arrêts *Sorrells* et *Sherman*» (à la p. 435). Il note aussi que c’est la ⁱ branche exécutive du gouvernement qui a la responsabilité première d’appliquer les lois fédérales, sous réserve des limites légales et constitutionnelles pertinentes et des règles judiciaires d’application de ces limites.

^j Deux opinions dissidentes ont été écrites. Dans une brève déclaration, le juge Douglas (à l’avis duquel souscrit le juge Brennan) adopte les vues

approach and held that in this case the supply of the chemical ingredient made the "United States an active participant in the unlawful activity" (p. 437), and this was a "debased role" barred by the doctrine of entrapment (p. 439).

Stewart J. (Brennan and Marshall JJ. concurring) also adopted the objective approach of the minority in the earlier decisions as in his view "[it] is the only [approach] truly consistent with the underlying rationale of the defence" (p. 441) (footnote omitted). Stewart J. stated that the whole notion of predisposition was "misleading" since the mere fact of commission demonstrates a predisposition in the sense of accused persons proving themselves to be quite capable of committing the crime. Stewart J. also pointed out, at p. 442, that entrapment by private individuals, as compared to the state, affords no defence:

Since the only difference between these situations is the identity of the tempter, it follows that the significant focus must be on the conduct of the government agents, and not on the predisposition of the defendant.

The purpose of the entrapment defense, then, cannot be to protect persons who are "otherwise innocent." Rather, it must be to prohibit unlawful governmental activity in instigating crime.

Stewart J. went on to adopt the views of Frankfurter J. in *Sherman*, *supra*, and Roberts J. in *Sorrells*, *supra*, quoted earlier, condemning the inequality in treatment between accused persons by reference to past criminal conduct because it makes the permissibility of police conduct vary accordingly. Stewart J. stated at p. 444: "In my view, a person's alleged 'predisposition' to crime should not expose him to government participation in the criminal transaction that would be otherwise unlawful" (footnote omitted). Stewart J. held that the conduct of the government in the case at bar constituted entrapment as a matter of law.

The Supreme Court split again on the issue of the parameters of the entrapment defence in *Hampton*, *supra*. The accused was convicted of

des défenseurs de la conception de la minorité et conclut qu'en l'espèce la fourniture de l'ingrédient chimique faisait des [TRADUCTION] «États-Unis un participant actif à l'activité illicite» (à la p. 437), et c'était là jouer [TRADUCTION] «un rôle avilissant» qu'interdit la doctrine de la provocation policière (à la p. 439).

Le juge Stewart (à l'avis duquel souscrivent les juges Brennan et Marshall) adopte également la conception objective de la minorité dans les arrêts antérieurs car, à son avis, [TRADUCTION] «c'est la seule [conception] vraiment conforme à la raison d'être du moyen de défense» (à la p. 441) (note omise). Il dit que toute la notion de predisposition est [TRADUCTION] «trompeuse», puisque la simple perpétration démontre une predisposition, les accusés prouvant par eux-mêmes qu'ils sont tout à fait en mesure de commettre le crime. Il fait aussi observer à la p. 442 que la provocation par des individus privés, contrairement à celle de l'État, n'est pas un moyen de défense:

[TRADUCTION] Comme la seule différence entre les deux situations est l'identité du tentateur, il s'ensuit que ce à quoi il importe de s'intéresser c'est le comportement des agents du gouvernement et non la predisposition du défendeur.

L'objet de la défense de provocation policière, donc, ne peut être la protection des personnes qui sont «par ailleurs innocentes». Plutôt, il doit être d'interdire une activité gouvernementale illicite, l'incitation au crime.

Le juge Stewart poursuit en faisant siennes les vues du juge Frankfurter dans l'arrêt *Sherman*, précité, et du juge Roberts dans l'arrêt *Sorrells*, précité, condamnant l'inégalité de traitement entre inculpés en fonction du comportement criminel antérieur parce que, ainsi, le caractère acceptable de la conduite de la police variera en conséquence. Il dit à la p. 444: [TRADUCTION] «À mon avis, le prétendu «penchant» au crime d'une personne ne devrait pas l'exposer à la participation du gouvernement à une activité criminelle par ailleurs illicite» (note omise). Il conclut que le comportement du gouvernement en l'espèce constituait en droit de la provocation policière.

La Cour suprême s'est à nouveau divisée sur la question des paramètres de la défense de provocation policière dans l'affaire *Hampton*, précitée.

distributing heroin as a result of sales made to a government agent. He argued that notwithstanding his predisposition—which was conceded—the due process clause barred prosecution where the heroin that was the subject of the charge had been supplied to him by a government informant who had arranged the sales. This argument was rejected by a majority of the Court in two separate opinions. Brennan, Stewart and Marshall JJ. dissented.

Rehnquist J.'s opinion affirming the conviction was joined in by Burger C.J. and White J. He held that *Russell, supra*, stood for the proposition that there could never be a defence of entrapment based on governmental misconduct where the predisposition of the accused to commit the crime had been established (*Hampton, supra*, at pp. 489-90, emphasis mine). Although the government played a more significant role in enabling the sale of drugs in this case as compared to *Russell, supra*, the difference was one of degree only. Due process limits would only be relevant where the result of the government activity was a violation of some protected right of the accused. Further, recognition of the accused's argument would be in conflict with the statement in *Russell, supra*, that the defence of entrapment did not provide the courts with a "chancellor's foot" veto (at p. 490). Rehnquist J. thus closed the door he had left open in *Russell, supra*, and stated at p. 490:

If the police engage in illegal activity in concert with a defendant beyond the scope of their duties the remedy lies, not in freeing the equally culpable defendant, but in prosecuting the police under the applicable provisions of state or federal law.

In a separate concurring opinion, Powell J. (with whom Blackmun J. joined) agreed that there was nothing of significance to distinguish the facts from the earlier decision in *Russell, supra*, but he rejected the plurality's assertion that *Russell, supra*, held that the concept of fundamental fair-

L'inculpé avait été reconnu coupable de distribution d'héroïne consécutivement à des ventes faites à un agent du gouvernement. Il a fait valoir qu'indépendamment de sa prédisposition—qu'il reconnaissait—la clause de l'application régulière de la loi interdisait toute poursuite, puisque l'héroïne qui faisait l'objet de l'inculpation, lui avait été fournie par un indicateur du gouvernement qui avait procédé aux arrangements de vente. L'argument a été rejeté par une majorité des juges de la Cour dans deux opinions distinctes. Les juges Brennan, Stewart et Marshall étaient dissidents.

Le juge en chef Burger et le juge White ont souscrit à l'opinion du juge Rehnquist qui confirme la déclaration de culpabilité. Celui-ci conclut que l'arrêt *Russell*, précité, établit pour règle que jamais une défense de provocation policière ne peut être fondée sur la conduite irrégulière du gouvernement lorsque la propension de l'inculpé à commettre le crime a été établie (*Hampton, précité*, aux pp. 489 et 490, je souligne). Bien que le gouvernement ait joué un rôle plus important, en permettant la vente des drogues en l'espèce, par opposition à l'affaire *Russell*, précitée, il ne s'agissait là que d'une différence de degré. Les limitations qu'impose le principe de l'application régulière de la loi ne devenaient pertinentes que lorsqu'une violation de quelque droit garanti à l'inculpé résulte de l'activité du gouvernement. En outre, reconnaître l'argument de l'inculpé serait entrer en conflit avec l'affirmation de l'arrêt *Russell*, précité, que la défense de provocation policière ne confère aux tribunaux aucun «veto absolu» (à la p. 490). Le juge Rehnquist, par conséquent, fermait la porte qu'il avait entrouverte dans l'arrêt *Russell*, précité, disant à la p. 490:

[TRADUCTION] Si la police se livre à une activité illégale de concert avec un défendeur, dépassant par là le champ de ses fonctions, le recours réside, non dans la libération du défendeur également coupable, mais dans une poursuite dirigée contre la police en vertu des dispositions applicables du droit fédéral ou de l'État.

Dans une opinion concurrente distincte, le juge Powell (auquel se joint le juge Blackmun) convient que rien de significatif n'autorise à distinguer entre les faits en cause et ceux de l'arrêt antérieur *Russell*, précité, mais il rejette à toutes fins utiles l'assertion de la pluralité des juges que l'arrêt

ness in the due process clause would never prevent the conviction of a predisposed accused, irrespective of the outrageousness of the police conduct in the particular case (pp. 492-93). Nor was Powell J. of the opinion that *Russell, supra*, foreclosed, by reference to the “chancellor’s foot” metaphor, any reliance on the Court’s supervisory powers in an appropriate case. Powell J. noted at pp. 494-95 that there were “doctrinal and practical difficulties of delineating limits to police involvement in crime that do not focus on predisposition” and he agreed that it would be an unusual case where predisposition would not be conclusive; but he did not accept that *Russell, supra*, precluded a bar to conviction in appropriate circumstances. In a footnote he commented (at p. 494, note 6):

The fact that there is sometimes no sharply defined standard against which to make these judgments is not itself a sufficient reason to deny the federal judiciary’s power to make them when warranted by the circumstances. Much the same is true of analysis under our supervisory power. Nor do I despair of our ability in an appropriate case to identify appropriate standards for police practices without relying on the “chancellor’s” “fastidious squeamishness or private sentimentalism”. [Citations omitted.]

In his dissenting opinion, concurred in by Stewart and Marshall JJ., Brennan J. held that the conviction should be barred because the government’s involvement in the crime had gone beyond the point of tolerance. Brennan J. adopted, under the Court’s supervisory power, a rule which would be engrafted on the entrapment defence prohibiting conviction where “the subject of the criminal charge is the sale of contraband provided to the defendant by a Government agent” (at p. 500). In a footnote he left open the question of whether the principle should be applied to the states under the due process clause (at p. 500, footnote 4). The dissenting opinion urged that the degree of government involvement here superceded that in *Russell, supra*, and the state was doing “nothing less than buying contraband from itself through an inter-

Russell, précité, a décidé que le concept d’équité fondamentale de la clause de l’application régulière de la loi n’interdirait jamais de reconnaître coupable un inculpé prédisposé, en dépit de la conduite outrageante de la police en l’espèce (aux pp. 492 et 493). Le juge Powell n’est pas non plus d’avis que l’arrêt *Russell*, précité, fermait la porte, par l’allusion au «veto absolu», à tout recours au pouvoir de contrôle de la cour dans un cas approprié. Le juge Powell note, aux pp. 494 et 495, qu’il y a [TRADUCTION] «des difficultés doctrinales et pratiques à fixer des bornes à l’implication policière dans un crime sans s’intéresser à la prédisposition» et il convient que serait inhabituelle l’espèce où la prédisposition ne serait pas concluante; mais il n’admet pas que l’arrêt *Russell*, précité, interdise de refuser une déclaration de culpabilité dans des circonstances appropriées. Dans une note en bas de page, il fait le commentaire suivant (à la p. 494, note 6):

[TRADUCTION] L’absence occasionnelle de norme parfaitement définie qui permette de statuer précisément sur ces cas n’est pas en soi une raison suffisante pour refuser à la magistrature fédérale le pouvoir de le faire lorsque les circonstances le justifient. Cela est de même en grande partie vrai de l’analyse fondée sur notre pouvoir de contrôle. Je ne désespère pas non plus de notre aptitude, dans un cas où cela s’imposera, à dégager des normes appropriées pour régir les pratiques policières, sans s’appuyer sur «des scrupules exagérés ou un sentimentalisme privé» dignes du «Chancelier». [Références omises.]

Dans son opinion dissidente, à laquelle souscrivent les juges Stewart et Marshall, le juge Brennan conclut que la déclaration de culpabilité devrait être refusée parce que l’implication du gouvernement dans le crime dépassait le point de tolérance. Il adopte, sur le fondement du pouvoir de contrôle de la cour, une règle qu’il grefferait sur la défense de provocation policière, interdisant de prononcer une déclaration de culpabilité lorsque [TRADUCTION] «l’objet de l’inculpation criminelle est la vente d’un produit de contrebande fourni au défendeur par un agent du gouvernement» (à la p. 500). Dans une note en bas de page, il laisse en suspens la question de l’application du principe aux États, en raison de la clause de l’application régulière de la loi (à la p. 500, note 4). L’opinion dissidente avance que le degré d’implication gouvernementale

mediary and jailing the intermediary” (p. 498, citing *United States v. Bueno, supra*, at p. 905). The scheme was offensive because it deliberately enticed someone to commit a crime instead of being designed to uncover ongoing drug traffic, and the predisposition of the accused did not justify the government’s acts. Brennan J. stated at p. 499: “No one would suggest that the police could round up and jail all ‘predisposed’ individuals, yet that is precisely what set-ups like the instant one are intended to accomplish”.

In concluding this description of the leading cases I would point out that in a recent decision the Supreme Court of the United States held that an accused facing federal prosecution on criminal charges is entitled, where the evidence so warrants, to a jury instruction on the defence of entrapment even if the accused also denies commission of the offence: *Mathews v. United States*, 108 S.Ct. 883 (1988). In giving reasons for the majority, Rehnquist C.J. adhered to the subjective approach to the entrapment defence. Of note is the separate concurring opinion of Brennan J. who in brief reasons explained why he concurred with the majority (at pp. 888-89):

Although some governmental misconduct might be sufficiently egregious to violate due process, *Russell, supra*, 411 U.S. at 431-432, 93 S.Ct. at 1642-1643 my differences with the Court have been based on statutory interpretation and federal common law, not on the constitution. Were I judging on a clean slate, I would still be inclined to adopt the view that the entrapment defense should focus exclusively on the government’s conduct. But I am not writing on a clean slate; the Court has spoken definitively on this point. Therefore I bow to *stare decisis*, and today join the judgment and reasoning of the Court.

dépassait ici celui de l’affaire *Russell*, précitée; l’État ne faisait [TRADUCTION] «rien de moins qu’acheter un produit de contrebande de lui-même, par l’entremise d’un intermédiaire, puis emprisonner l’intermédiaire» (à la p. 498, citant *United States v. Bueno*, précité, à la p. 905). La machination est répugnante parce qu’elle incite délibérément quelqu’un à commettre un crime au lieu d’être conçue pour mettre en lumière le trafic de stupéfiants qui a cours, et la prédisposition de l’inculpé ne justifiait pas les actes du gouvernement. Le juge Brennan dit à la p. 499: [TRADUCTION] «Personne ne dirait que la police peut faire des rafles pour emprisonner tous les individus «predisposés» et, pourtant, c’est précisément ce que des opérations comme celles-ci ont pour but d’accomplir».

^d En concluant cette description des arrêts de principe, je ferais observer que, dans un arrêt récent, la Cour suprême des États-Unis a jugé qu’un inculpé poursuivi par le fédéral pour des infractions criminelles jouit du droit, lorsque la preuve le justifie, à ce que des directives soient données au jury sur la défense de provocation policière, même si l’inculpé nie aussi avoir commis une infraction: *Mathews v. United States*, 108 S.Ct. 883 (1988). En prononçant les motifs de la majorité, le juge en chef Rehnquist s’en est tenu à la conception subjective de la défense de provocation policière. À noter l’opinion concurrente distincte du juge Brennan qui, par de brefs motifs, ^e explique pourquoi il se range à l’avis de la majorité (aux pp. 888 et 889):

[TRADUCTION] Certes certains comportements gouvernementaux répréhensibles peuvent être suffisamment énormes pour violer le principe de l’application régulière de la loi, *Russell*, précité, 411 U.S. aux pp. 431 et 432, 93 S.Ct. aux pp. 1642 et 1643, mais mes désaccords avec la Cour ont été fondés sur une interprétation de la législation et de la *common law* fédérale, non sur la ⁱ Constitution. Devrais-je juger en faisant table rase que je serais toujours enclin à épouser l’opinion que la défense de provocation ne devrait porter exclusivement que sur la conduite du gouvernement. Mais je n’écris pas sur une feuille vierge; la Cour s’est prononcée définitivement sur ce point. Par conséquent, je m’incline devant le ^j *stare decisis* et me joins aujourd’hui à l’arrêt et au raisonnement de la Cour.

The objective approach advocated by the minority in the Supreme Court decisions had found the most support in American academic literature on entrapment which, I would note, is nothing short of voluminous. In a 1978 article criticizing the objective method, R. Rossum, "The Entrapment Defense and The Teaching of Political Responsibility: The Supreme Court as Republican Schoolmaster" (1978), 6 *Amer. J. Crim. Law* 287, the author reported that of twenty-six law review articles published since 1950, only three favoured the subjective test and of ninety-eight notes and case comments published during the same time frame, only two clearly advocated the subjective test (at pp. 296-97).

As was noted by Estey J. in *Amato, supra*, at pp. 437-38, proposals for the reform of federal criminal law in the United States also follow the objective test (see: the American Law Institute, *Model Penal Code*, s. 2.13 (1962) and more recently, *Commentaries* (1985), at pp. 405-20; see also, the Brown Commission Final Report, s. 702(2)).

III. *The Rationale*

A: The Regulation of the Administration of Justice

It is critical in an analysis of the doctrine of entrapment to be very clear on the rationale for its recognition in Canadian criminal law. Much of what is contained in the opinion of Estey J. in *Amato, supra*, provides this rationale. As was explained by Estey J., central to our judicial system is the belief that the integrity of the court must be maintained. This is a basic principle upon which many other principles and rules depend. If the court is unable to preserve its own dignity by upholding values that our society views as essential, we will not long have a legal system which can pride itself on its commitment to justice and truth and which commands the respect of the community it serves. It is a deeply ingrained value in our democratic system that the ends do not justify the means. In particular, evidence or convictions may, at times, be obtained at too high a price. This

La conception objective plaidée par la minorité dans les arrêts de la Cour suprême a trouvé son plus grand appui chez les auteurs américains qui ont traité de la provocation policière, laquelle, dirais-je, n'est rien de moins que gigantesque. Dans un article de 1978 critiquant la méthode objective, R. Rossum, «The Entrapment Defense and The Teaching of Political Responsibility: The Supreme Court as Republican Schoolmaster» (1978), 6 *Amer. J. Crim. Law* 287, l'auteur rapporte que sur vingt-six articles de revues de droit publiés depuis 1950, trois seulement favorisent le critère subjectif et que, sur quatre-vingt-dix-huit notes et commentaires de jurisprudence publiés durant la même période, deux seulement plaident clairement en faveur du critère subjectif (aux pp. 296 et 297).

Comme l'a noté le juge Estey dans l'arrêt *Amato*, précité, aux pp. 437 et 438, les propositions de réforme du droit criminel fédéral aux États-Unis reprennent aussi le critère objectif (voir: l'American Law Institute, *Model Penal Code*, art. 2.13 (1962) et, plus récemment, *Commentaries* (1985), aux pp. 405 à 420; voir aussi le Brown Commission Final Report, par. 702(2)).

III. *Le fondement*

A: La réglementation de l'administration de la justice

Il faut absolument, dans une analyse de la doctrine de la provocation policière, être très clair sur le fondement de sa reconnaissance en droit criminel canadien. On le retrouve pour une grande part dans l'opinion du juge Estey dans l'arrêt *Amato*, précité. Comme l'explique le juge Estey, la croyance en la nécessité de maintenir l'intégrité de la Justice est au centre de notre système judiciaire. C'est là un principe de base dont beaucoup d'autres dépendent. Si le tribunal ne peut préserver sa propre dignité par la promotion de valeurs que notre société considère comme essentielles, nous ne conserverons pas longtemps un système de droit qui peut s'enorgueillir de sa dévotion à la justice et à la vérité et qui inspire le respect à la société qu'il dessert. Une valeur profondément enracinée de notre système démocratique est que la fin ne justifie pas les moyens. En particulier, des preuves ou

proposition explains why as a society we insist on respect for individual rights and procedural guarantees in the criminal justice system. All of these values are reflected in specific provisions of the *Charter* such as the right to counsel, the right to remain silent, the presumption of innocence and in the global concept of fundamental justice. Obviously, many of the rights in ss. 7 and 14 of the *Charter* relate to norms for the proper conduct of criminal investigations and trials, and the courts are called on to ensure that these standards are observed.

The principles expressed in the *Charter* obviously do not emerge in a legal, social, or philosophical vacuum. With respect to criminal law in particular, the courts have, throughout the development of the common law and in the interpretation of statutes, consistently sought to ensure that the balance of power between the individual accused and the state was such that the interests and legitimate expectations of both would be recognized and protected. Lord Devlin, in *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] 2 All E.R. 401 (H.L.), made the following apposite observation in this regard at p. 438:

... nearly the whole of the English criminal law of procedure and evidence has been made by the exercise of the judges of their power to see that what was fair and just was done between prosecutors and accused. The doctrine of autrefois was itself doubtless evolved in that way.

It is my view that in criminal law the doctrine of abuse of process draws on the notion that the state is limited in the way it may deal with its citizens. The same may be said of the *Charter* which sets out particular limitations on state action and, as noted, in the criminal law context ss. 7 to 14 are especially significant. This Court in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, commented at p. 503 on the philosophical context in which these *Charter* provisions operate:

Thus, ss. 8 to 14 provide an invaluable key to the meaning of "principles of fundamental justice". Many

des déclarations de culpabilité peuvent, dans certains cas, n'être obtenues qu'à un prix trop élevé. C'est ce qui explique pourquoi, en tant que société, nous insistons sur le respect des droits individuels et des garanties de procédure dans notre système de justice criminelle. Toutes ces valeurs se retrouvent dans des dispositions expresses de la *Charte*, comme le droit à un avocat, le droit au silence, la présomption d'innocence et dans la notion globale de justice fondamentale. Manifestement, nombre de droits visés aux art. 7 et 14 de la *Charte* portent sur les normes de comportement que doivent respecter les enquêtes et les procès criminels, et les tribunaux sont invités à s'assurer que ces normes sont observées.

Les principes qui trouvent leur expression dans la *Charte*, de toute évidence, ne sont pas apparus dans un vide juridique, social ou philosophique. Dans le cas du droit criminel en particulier, les tribunaux ont, tout au long du développement de la *common law* et dans l'interprétation des lois, toujours recherché un équilibre entre l'individu inculpé et l'État, de telle sorte que les intérêts et les attentes légitimes de l'un comme de l'autre soient reconnus et protégés. Lord Devlin, dans l'arrêt *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] 2 All E.R. 401 (H.L.), fait l'observation suivante, particulièrement appropriée à cet égard à la p. 438:

[TRADUCTION] ... presque tout le droit criminel anglais concernant la procédure et la preuve provient de l'exercice, par les juges, de leur pouvoir de s'assurer que la justice et l'équité étaient assurées entre les poursuivants et les accusés. La doctrine d'autrefois acquit et d'autrefois convict en est indubitablement le produit.

Je suis d'avis qu'en droit criminel la doctrine de l'abus de procédure est fondée sur la notion que l'État est limité dans la manière dont il peut traiter ses citoyens. On peut en dire autant de la *Charte*, qui fixe certaines limites particulières à l'action de l'État et, comme on l'a fait observer, les art. 7 à 14 sont particulièrement significatifs en droit criminel. Cette Cour, dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, explique à la p. 503 le contexte philosophique dans lequel ces dispositions de la *Charte* jouent:

Ainsi, les art. 8 à 14 fournissent une indication exceptionnelle quant au sens de l'expression «principes de

have been developed over time as presumptions of the common law, others have found expression in the international conventions on human rights. All have been recognized as essential elements of a system for the administration of justice which is founded upon a belief in “the dignity and worth of the human person” (preamble to the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III) and on “the rule of law” (preamble to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*).

It is this common thread which, in my view, must guide us in determining the scope and content of “principles of fundamental justice”. In other words, the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system. They do not lie in the realm of general public policy but in the inherent domain of the judiciary as guardian of the justice system. Such an approach to the interpretation of “principles of fundamental justice” is consistent with the wording and structure of s. 7, the context of the section, *i.e.*, ss. 8 to 14, and the character and larger objects of the *Charter* itself. It provides meaningful content for the s. 7 guarantee all the while avoiding adjudication of policy matters. [Emphasis added.]

It is the belief that the administration of justice must be kept free from disrepute that compels recognition of the doctrine of entrapment. In the context of the *Charter*, this Court has stated that disrepute may arise from “judicial condonation of unacceptable conduct by the investigatory and prosecutorial agencies”: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 281. The same principle applies with respect to the common law doctrine of abuse of process. Conduct which is unacceptable is, in essence, that which violates our notions of “fair play” and “decency” and which shows blatant disregard for the qualities of humanness which all of us share.

The power of a court to enter a stay of proceedings to prevent an abuse of its process was, as noted earlier, confirmed by this Court in *Jewitt*, *supra*. The appropriateness of the court’s exercise of the power, as well as the circumstances in which it may be used, is discussed in the following passage (at pp. 136-37, *per* Dickson C.J.):

justice fondamentale». Plusieurs ont émergé, avec le temps, à titre de présomptions de *common law*, d’autres sont exprimés dans les conventions internationales sur les droits de la personne. Tous ont été reconnus comme des éléments essentiels d’un système d’administration de la justice fondée sur la foi en «la dignité et la valeur de la personne humaine» (préambule de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III) et en «la primauté du droit» (préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés*).

C’est là le lien qui, à mon avis, doit nous guider dans la délimitation de la portée et du contenu de l’expression «principes de justice fondamentale». En d’autres mots, les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ils relèvent non pas du domaine de l’ordre public en général, mais du pouvoir inhérent de l’appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire. Cette façon d’aborder l’interprétation de l’expression «principes de justice fondamentale» est conforme à la lettre et à l’économie de l’art. 7, au contexte de cet article, c.-à-d. les art. 8 à 14, ainsi qu’à la nature et aux objets plus généraux de la *Charte* elle-même. Elle donne de la substance au droit garanti par l’art. 7 tout en évitant de trancher des questions de politique générale. [Je souligne.]

C’est parce que l’on croit que l’administration de la justice ne doit pas être déconsidérée que l’on reconnaît la doctrine de la provocation policière. Dans le contexte de la *Charte*, cette Cour a dit que la déconsidération peut découler de «l’absolution judiciaire d’une conduite inacceptable de la part des organismes enquêteurs ou de la poursuite»: *R. v. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, à la p. 281. Le même principe s’applique à la doctrine d’abus de procédure de la *common law*. Un comportement inacceptable est, essentiellement, celui qui viole nos notions de «franc-jeu» et de «décence», qui fait montre d’un mépris flagrant pour les valeurs humaines que nous partageons tous.

Le pouvoir d’un tribunal de suspendre l’instance, afin qu’il n’y ait pas abus de sa procédure a été, comme on l’a noté précédemment, confirmé par cette Cour dans l’arrêt *Jewitt*, précité. Le bien-fondé de l’exercice du pouvoir par le tribunal, de même que les circonstances dans lesquelles on peut y avoir recours, sont analysés dans le passage suivant (aux pp. 136 et 137, le juge en chef Dickson):

I would adopt the conclusion of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Young* [(1984), 40 C.R. (3d) 289], and affirm that "there is a residual discretion in a trial court judge to stay proceedings where compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency and to prevent the abuse of a court's process through oppressive or vexatious proceedings". I would also adopt the caveat added by the Court in *Young* that this is a power which can be exercised only in the "clearest of cases".

It is essential to identify why we do not accept police strategy that amounts to entrapment. There could be any number of reasons underlying what is perhaps an intuitive reaction against such law enforcement techniques but the following are, in my view, predominant. One reason is that the state does not have unlimited power to intrude into our personal lives or to randomly test the virtue of individuals. Another is the concern that entrapment techniques may result in the commission of crimes by people who would not otherwise have become involved in criminal conduct. There is perhaps a sense that the police should not themselves commit crimes or engage in unlawful activity solely for the purpose of entrapping others, as this seems to militate against the principle of the rule of law. We may feel that the manufacture of crime is not an appropriate use of the police power. It can be argued as well that people are already subjected to sufficient pressure to turn away from temptation and conduct themselves in a manner that conforms to ideals of morality; little is to be gained by adding to these existing burdens. Ultimately, we may be saying that there are inherent limits on the power of the state to manipulate people and events for the purpose of attaining the specific objective of obtaining convictions. These reasons and others support the view that there is a societal interest in limiting the use of entrapment techniques by the state.

The competing social interest is in the repression of criminal activity. Further, our dependence on the police to actively protect us from the immense social and personal cost of crime must be acknowl-

Je fais mienne la conclusion de la Cour d'appel de l'Ontario dans son arrêt *R. v. Young* [(1984), 40 C.R. (3d) 289], et j'affirme que «le juge du procès a un pouvoir discrétionnaire résiduel de suspendre l'instance lorsque forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société, ainsi que d'empêcher l'abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire». J'adopte aussi la mise en garde que fait la cour dans l'arrêt *Young*, portant que c'est là un pouvoir qui ne peut être exercé que dans les «cas les plus manifestes».

Il est essentiel de rechercher pourquoi nous ne tolérons pas une stratégie policière assimilable à de la provocation. Je suis d'avis qu'il peut y avoir plusieurs raisons sous-jacentes à ce qui est peut-être une réaction intuitive face à ces techniques d'application de la loi. L'une de ces raisons peut être l'opinion que l'État ne jouit pas d'un pouvoir illimité de s'ingérer dans nos vies personnelles ou d'éprouver au hasard la vertu des individus. Il y a aussi la crainte que les techniques de provocation policières puissent amener à commettre des crimes des gens qui autrement n'auraient pas eu de comportement criminel. Il y a peut-être aussi le sentiment que la police ne doit pas elle-même commettre des crimes ni s'adonner à une activité illicite dans le seul but de prendre des tiers au piège; puisque cela semble militer à l'encontre du principe de la primauté du droit. Nous pouvons penser que la fabrication d'un crime n'est pas un usage approprié du pouvoir policier. Il peut être soutenu aussi qu'il est déjà suffisamment difficile de résister à la tentation et de se comporter d'une manière conforme aux idéaux de moralité; il y a peu à gagner à ajouter à ces fardeaux déjà existants. Enfin, il se peut que nous disions qu'il y a des bornes inhérentes au pouvoir de l'État de manipuler les gens et les événements dans le but d'atteindre un objectif précis, obtenir des déclarations de culpabilité. Toutes ces raisons et bien d'autres confirment qu'il est dans l'intérêt de la société de limiter le recours par l'État aux techniques de provocation policière.

La répression de l'activité criminelle est l'intérêt social concurrent. En outre, il faut reconnaître que nous nous en remettons à la police pour qu'elle nous protège activement de l'immense coût social

edged. There will be differing views as to the appropriate balance between the concepts of fairness and justice and the need for protection from crime but it is my opinion that it is universally recognized that some balance is absolutely essential to our conception of civilized society. In deciding where the balance lies in any given case it is necessary to recall the key elements of our model of fairness and justice, as this is the only manner in which we can judge the legitimacy of a particular law enforcement technique.

It must be stressed, however, that the central issue is not the power of a court to discipline police or prosecutorial conduct but, as stated by Estey J. in *Amato, supra*, at p. 461: "the avoidance of the improper invocation by the state of the judicial process and its powers". In the entrapment context, the court's sense of justice is offended by the spectacle of an accused's being convicted of an offence which is the work of the state (*Amato, supra*, at p. 447). The court is, in effect, saying it cannot condone or be seen to lend a stamp of approval to behaviour which transcends what our society perceives to be acceptable on the part of the state. The stay of the prosecution of the accused is the manifestation of the court's disapproval of the state's conduct. The issuance of the stay obviously benefits the accused but the Court is primarily concerned with a larger issue: the maintenance of public confidence in the legal and judicial process. In this way, the benefit to the accused is really a derivative one. We should affirm the decision of Estey J. in *Amato, supra*, that the basis upon which entrapment is recognized lies in the need to preserve the purity of administration of justice.

B: The Guilt of the Accused

Both the appellant and respondent agree that the rationale for recognition of the entrapment doctrine lies in the inherent jurisdiction of the court to prevent an abuse of its own processes. The

et personnel que représente le crime. On différera d'avis sur l'équilibre approprié à établir entre les notions d'équité et de justice et la nécessité d'une protection contre le crime, mais je suis d'avis qu'il est universellement reconnu qu'un certain équilibre est absolument essentiel dans notre conception d'une société civilisée. Pour décider où cet équilibre réside dans un cas donné, il est nécessaire de rappeler les éléments-clés de notre modèle d'équité et de justice, puisque c'est là la seule manière qui nous permette de juger de la légitimité d'une technique particulière utilisée pour faire respecter la loi.

Il faut souligner toutefois que le principal point litigieux n'est pas le pouvoir d'un tribunal de sanctionner la conduite de la police ou de la partie poursuivante mais qu'il est, comme le dit le juge Estey dans l'arrêt *Amato*, précité, à la p. 461: «éviter que l'état n'ait recours de façon abusive au processus judiciaire et à ses pouvoirs». Dans le contexte de la provocation policière, le sens de la justice du tribunal se révolte face au spectacle qu'offrirait un inculpé reconnu coupable d'une infraction qui est l'œuvre de l'État (*Amato*, précité, à la p. 447). Le tribunal, en fait, dit qu'il ne saurait excuser un comportement, ni paraître lui apposer le sceau de son approbation, quand il transcende ce que notre société perçoit comme étant acceptable de la part de l'État. La suspension de l'instance introduite contre l'inculpé est la manifestation de la désapprobation du tribunal face au comportement de l'État. La suspension profite de toute évidence à l'inculpé, mais la cour s'intéresse d'abord à une question plus large: le maintien de la confiance publique dans la procédure légale et judiciaire. De cette manière, le bénéfice qu'en retire l'inculpé n'est en réalité qu'incident. Nous devrions confirmer la décision du juge Estey dans l'affaire *Amato*, précitée, que le fondement de la reconnaissance de la provocation policière réside dans la nécessité de préserver l'intégrité de l'administration de la justice.

B: La culpabilité de l'inculpé

L'appelant comme l'intimée conviennent que le fondement de la reconnaissance de la doctrine de la provocation policière réside dans la compétence inhérente du tribunal d'interdire qu'on abuse de sa

respondent asserts this is the exclusive rationale; the appellant submits that it is open to the court to view entrapment as also bearing on the accused's culpability and as such it would operate as a substantive defence.

It is not fruitful, in my view, to deal with impermissible police conduct through the vehicle of substantive criminal law doctrine. There are three problems with the appellant's proposition. Firstly, the conduct of the police or their agents in most cases will not have the effect of negating *mens rea* or, for that matter, *actus reus*. (There may be exceptional cases, however; see, for example, the decision of this Court in *Lemieux v. The Queen*, [1967] S.C.R. 492.) The physical act of the accused is a voluntary one and the accused will have an aware state of mind. The prohibited act will have been committed intentionally and with knowledge of the facts which constitute the offence and the consequences which flow from them.

However they may be defined, the essential elements of the offence in issue will be met in most cases, and it is from this general position that the doctrine of entrapment should develop. The decision of Estey J. in *Amato, supra*, and Dickson C.J. in *Jewitt, supra*, may also be seen to support this perspective. In a passage cited earlier, Estey J. stated at p. 445:

A successful defence leads to an acquittal on the charge, a determination that the offence has not been committed by the accused. Here, axiomatically, the crime from a physical point of view at least has been committed. Indeed, it may be that the necessary intent and act have combined to form a complete crime.

The following comments of Dickson C.J. in *Jewitt, supra*, at p. 148, are worthy of attention and are, in my view, equally applicable to the present discussion:

We are concerned here with a stay of proceedings because of an abuse of process by the Crown. While a stay of proceedings of this nature will have the same result as an acquittal and will be such a final determination of the issue that it will sustain a plea of *autrefois acquit*, its assimilation to an acquittal should only be for purposes of enabling an appeal by the Crown. Otherwise, the two concepts are not equated. The stay of

procédure. L'intimée soutient que c'est là la seule raison; l'appelant fait valoir que le tribunal est libre de considérer que la provocation policière porte aussi sur la culpabilité de l'inculpé et qu'à ce titre elle agit comme un moyen de défense au fond.

Il est vain, à mon avis, d'aborder la conduite inadmissible de la police par le biais de la doctrine du droit criminel de fond. La proposition de l'appelant pose trois problèmes. Premièrement, la conduite de la police et de ses agents, dans la plupart des cas, n'aura pas pour effet de supprimer la *mens rea* ni, d'ailleurs, l'*actus reus*. (Il peut y avoir des cas exceptionnels cependant; voir, par exemple, l'arrêt de cette Cour *Lemieux v. The Queen*, [1967] R.C.S. 492.) L'acte matériel de l'inculpé est volontaire et l'inculpé aura agi consciemment. L'acte interdit aura été commis intentionnellement et avec la connaissance des faits qui constituent l'infraction et des conséquences qui en découlent.

De quelque façon qu'on s'y prenne pour les définir, les éléments essentiels de l'infraction en cause seront réunis dans la plupart des cas et c'est de ce point général qu'il faut partir pour dégager la doctrine de la provocation policière. On peut aussi considérer que la décision du juge Estey, dans l'arrêt *Amato*, précité, et celle du juge en chef Dickson, dans l'arrêt *Jewitt*, précité, entrent dans cette perspective. Dans un passage déjà cité, le juge Estey dit à la p. 445:

Un moyen de défense qui réussit entraîne l'acquiescement, la décision que l'accusé n'a pas commis l'infraction. Ici, évidemment le crime, pris au sens matériel du moins, a été commis. Il se peut de fait que l'intention nécessaire et l'acte soient réunis pour former un crime complet.

Les commentaires suivants du juge en chef Dickson, dans l'arrêt *Jewitt*, précité, à la p. 148, méritent attention et, à mon avis, s'appliquent également au présent débat:

Nous nous intéressons en l'espèce à une suspension d'instance fondée sur un abus de procédure commis par la poursuite. Même si une telle suspension d'instance entraîne le même résultat qu'un acquiescement et même si elle a pour effet de trancher les questions en litige de façon définitive au point de justifier un plaidoyer d'*autrefois acquit*, elle ne doit être assimilée à un acquiescement qu'aux seules fins de permettre à la poursuite

proceedings for abuse of process is given as a substitute for an acquittal because, while on the merits the accused may not deserve an acquittal, the Crown by its abuse of process is disentitled to a conviction. No consideration of the merits—that is whether the accused is guilty independently of a consideration of the conduct of the Crown—is required to justify a stay. In the case at bar the accused admitted that he had sold a pound of marijuana to an undercover officer. A consideration of the merits would necessarily have led to his conviction. The stay in this case intervenes to prevent consideration of the merits lest a conviction occur in circumstances which would bring the administration of justice into disrepute. [Emphasis added.]

Secondly, while the argument that the accused is not culpable because his or her conduct may be excused is more plausible, it is ultimately not compelling. For entrapment to be recognized as an excusing defence, it is clear that the focus must be directed at the effect of the external or internal circumstances on the accused. The appellant draws the Court's attention to the decision in *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, where the defence of necessity was recognized. A majority of the Court (*per* Dickson, J. (as he then was) with Ritchie, Chouinard and Lamer JJ. concurring) held that the proper conceptual basis for recognition of the defence of necessity was as an excuse. Wilson J., writing for herself, held that necessity could be conceived of either as an excuse or as a justification for a criminal act.

Dickson C.J. outlined the distinction between "justifications" and "excuses" in criminal law theory in the following terms, at pp. 246-47:

Criminal theory recognizes a distinction between "justifications" and "excuses". A "justification" challenges the wrongfulness of an action which technically constitutes a crime. The police officer who shoots the hostage-taker, the innocent object of an assault who uses force to defend himself against his assailant, the Good Samaritan who commandeers a car and breaks the speed laws

d'interjeter appel. Ces deux concepts ne sont par ailleurs pas assimilables. La suspension d'instance pour abus de procédure est accordée au lieu d'un acquittement lorsque, sur le plan du fond, il se peut que l'accusé ne mérite pas d'être acquitté, et que la poursuite est incapable d'obtenir une déclaration de culpabilité en raison de l'abus de procédure qu'elle a commis. Aucun examen du fond de l'affaire, c'est-à-dire de la question de savoir si l'accusé est coupable indépendamment d'un examen de la conduite de la poursuite, n'est nécessaire pour justifier une suspension. En l'espèce, l'accusé a reconnu avoir vendu une livre de marijuana à un faux client qui était un agent de police. Un examen portant sur le fond aurait nécessairement entraîné un verdict de culpabilité. En l'espèce, la suspension a pour effet d'empêcher l'examen portant sur le fond de crainte qu'une déclaration de culpabilité ne soit prononcée dans des circonstances susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice. [Je souligne.]

d En second lieu, si l'argument que l'inculpé n'est pas coupable parce que sa conduite est excusable est plus plausible, en dernière analyse, il n'est pas décisif. Pour que la provocation policière puisse être reconnue comme un moyen de défense disculpatoire, il est clair qu'il faut s'intéresser à l'effet qu'ont eu les circonstances externes ou internes sur l'inculpé. L'appellant appelle l'attention de la Cour sur l'arrêt *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, où la défense de nécessité a été reconnue. La Cour, à la majorité (le juge Dickson (maintenant Juge en chef) à l'avis duquel ont souscrit les juges Ritchie, Chouinard et Lamer), a jugé que le véritable fondement conceptuel de la reconnaissance de la défense de nécessité était une excuse. Le juge Wilson, écrivant en son nom propre, conclut qu'on peut concevoir la nécessité soit comme une excuse, soit comme une justification d'avoir commis un acte criminel.

Le juge en chef Dickson explique la distinction qu'il y a entre les «justifications» et les «excuses» selon la théorie du droit criminel dans les termes suivants, aux pp. 246 et 247:

La théorie en matière criminelle fait la distinction entre les «justifications» et les «excuses». Une «justification» a pour effet de repousser le caractère mauvais d'un acte qui techniquement constitue un crime. L'agent de police qui abat celui qui retient des otages, la victime innocente d'une agression qui recourt à la force pour se défendre contre son agresseur, le bon samaritain qui

to rush an accident victim to the hospital, these are all actors whose actions we consider *rightful*, not wrongful. For such actions people are often praised, as motivated by some great or noble object. The concept of punishment often seems incompatible with the social approval bestowed on the doer.

In contrast, an "excuse" concedes the wrongfulness of the action but asserts that the circumstances under which it was done are such that it ought not to be attributed to the actor. The perpetrator who is incapable, owing to a disease of the mind, of appreciating the nature and consequences of his acts, the person who labours under a mistake of fact, the drunkard, the sleepwalker: these are all actors of whose "criminal" actions we disapprove intensely, but whom, in appropriate circumstances, our law will not punish.

Wilson J. agreed that there is a distinction between justifications and excuses in criminal law theory. She stated at p. 268: "In the case of justification the wrongfulness of the alleged offensive act is challenged; in the case of excuse the wrongfulness is acknowledged but a ground for the exercise of judicial compassion for the actor is asserted".

Dickson C.J. explained that what is being admitted in allowing the defence of necessity is that while the acts of the accused are voluntary in the physical sense of the word, the "choice" to break the law is no true choice at all; it is remorselessly compelled by normal human instincts" (p. 249). Dickson C.J. cited with approval the views of George Fletcher in *Rethinking Criminal Law* (1978), on the issue of moral or normative involuntariness (Fletcher, at pp. 804-5, cited in *Perka*, *supra*, at p. 249):

The notion of voluntariness adds a valuable dimension to the theory of excuses. That conduct is involuntary—even in the normative sense—explains why it cannot fairly be punished. Indeed, H.L.A. Hart builds his theory of excuses on the principle that the distribution of punishment should be reserved for those who voluntarily break the law. Of the arguments he advances for this

réquisitionne une voiture et enfreint la limite de vitesse pour amener au plus tôt la victime d'un accident à l'hôpital, ce sont toutes là des personnes dont nous considérons les actes comme *bons* et non comme mauvais. Les gens sont souvent louangés pour de tels actes parce qu'ils sont accomplis pour un motif grand et noble. L'idée de punition paraît souvent incompatible avec l'approbation que l'auteur de l'acte reçoit de la part de la société.

Par contre, une «excuse» consiste à reconnaître le caractère mauvais de l'acte, mais à affirmer que les circonstances dans lesquelles il a été accompli sont telles qu'il ne devrait pas être attribué à son auteur. L'auteur d'un acte qui, à cause d'une maladie mentale, est incapable de juger la nature et les conséquences de ses actes, la personne qui agit sous l'influence d'une erreur de fait, la personne alcoolique, le somnambule: ce sont là des auteurs d'actes dont nous désapprouvons fortement les actes «criminels», mais que, dans certaines circonstances précises, notre loi ne punira pas.

Le juge Wilson convient qu'il y a une distinction entre les justifications et les excuses dans la théorie du droit criminel. Elle dit à la p. 268: «Dans le cas de la justification, on conteste le caractère mauvais de l'acte préjudiciable; quand on plaide l'excuse, par contre, on reconnaît le caractère mauvais de l'acte, tout en affirmant qu'il y a un motif qui justifie le tribunal à avoir de la compassion pour son auteur».

Le juge en chef Dickson explique que ce que l'on admet en reconnaissant la défense de nécessité c'est que, certes, les actes de l'inculpé sont volontaires au sens matériel du terme, mais que le «choix» qu'il a d'enfreindre la loi n'est nullement un choix véritable; il est poussé implacablement par les instincts normaux de l'être humain» (à la p. 249). Et le juge en chef Dickson de citer avec approbation les vues de George Fletcher dans *Rethinking Criminal Law* (1978), sur la question de l'involontaire moral ou normatif (Fletcher, aux pp. 804 et 805, cité dans l'arrêt *Perka*, précité, à la p. 249):

[TRADUCTION] La notion du caractère volontaire ajoute une dimension importante à la théorie des excuses. Cette conduite est involontaire—même dans le sens normatif—ce qui explique pourquoi on ne peut pas en toute équité la punir. En réalité, H.L.A. Hart fonde sa théorie des excuses sur le principe que l'imposition d'une peine devrait se limiter à ceux qui enfrennent volontai-

principle of justice, the most explicit is that it is preferable to live in a society where we have the maximum opportunity to choose whether we shall become the subject of criminal liability. In addition, Hart intimates that it is ideologically desirable for the government to treat its citizens as self-actuating, choosing agents. This principle of respect for individual autonomy is implicitly confirmed whenever those who lack an adequate choice are excused for their offenses.

In his conclusion on the proper theoretical source for the defence of necessity, Dickson C.J. stated at p. 250:

At the heart of this defence is the perceived injustice of punishing violations of the law in circumstances in which the person had no other viable or reasonable choice available; the act was wrong but it is excused because it was realistically unavoidable.

The concept of normative involuntariness also informs the recognition of the defence of duress. In *Bergstrom v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 539, this Court, per McIntyre J., stated that with respect to the defence of duress as codified in s. 17 of the *Criminal Code* at p. 544:

It can only become effective to protect an accused when it can be shown that the accused has, in fact, actually committed the offence. Where it applies, the commission of the offence is excused.

What both the defence of necessity and duress share is the requirement in law that to succeed on the allegation, the accused must demonstrate that the circumstances in which the offence was committed were truly oppressive and threatening so that the accused's decision to break the law is one which the community can both comprehend and absolve.

There may well be cases where the accused can argue that the police conduct gives rise to a defence of duress. If so, the accused can plead duress in conjunction with the claim that to allow the trial to proceed would constitute an abuse of process. It is hard to imagine a situation which amounted to duress that would not also form the basis of an abuse of process allegation, but the

rement la loi. Parmi les arguments qu'il invoque à l'appui de ce principe de justice, le plus explicite est celui qu'il est préférable de vivre dans une société qui nous offre le plus d'occasions de choisir d'être ou de ne pas être assujettis à une responsabilité criminelle. De plus, Hart laisse entendre que, du point de vue idéologique, il est souhaitable que le gouvernement considère les citoyens comme des personnes responsables et autonomes. Ce principe du respect de l'autonomie individuelle est implicitement confirmé chaque fois que ceux qui n'ont pas la possibilité raisonnable de choisir sont excusés de leurs infractions.

Dans sa conclusion sur la véritable source théorique de la défense de nécessité, le juge en chef Dickson dit à la p. 250:

Au cœur de ce moyen de défense, il y a le sentiment d'injustice que soulève la punition pour une violation de la loi commise dans des circonstances où la personne n'avait pas d'autre choix viable ou raisonnable; l'acte était mauvais, mais il est excusé parce qu'il était vraiment inévitable.

Le concept d'involontaire normatif explique aussi la reconnaissance de la défense de contrainte. Dans l'arrêt *Bergstrom c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 539, cette Cour, par l'intermédiaire du juge McIntyre, dit, parlant de la contrainte comme moyen de défense codifié à l'art. 17 du *Code criminel* à la p. 544:

Il ne peut être accueilli que s'il est établi que l'accusé a, de fait, véritablement commis l'infraction. Lorsque ce moyen de défense s'applique, l'accusé est excusé d'avoir commis l'infraction.

Ce que les défenses de nécessité et de contrainte partagent, c'est qu'en droit pour avoir gain de cause en la matière, l'inculpé doit démontrer que les circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise étaient réellement accablantes et menaçantes, de sorte que la société puisse à la fois comprendre et absoudre la décision de l'inculpé d'enfreindre la loi.

Il se peut qu'il y ait des cas où l'inculpé peut arguer que la conduite de la police donne lieu à une défense de contrainte. Dans ce cas, l'inculpé peut plaider la contrainte et prétendre en sus qu'autoriser le procès à suivre son cours serait un abus de procédure. Il est difficile d'imaginer une situation assimilable à la contrainte qui ne puisse aussi servir de fondement à une allégation d'abus

obverse is not necessarily true; practices which constitute abuse of process may not amount to duress.

There is a distinction in the type of pressure an accused is faced with in a situation involving duress or necessity, and the type of pressure brought to bear on an accused through entrapment techniques. For example, with respect to duress, s. 17 of the *Code* requires that the accused be threatened with "immediate death or bodily harm". Similarly, the defence of necessity requires that the "situation be urgent and the peril be imminent" so that "normal human instincts cry out for action and make a counsel of patience unreasonable" (*Perka, supra*, at p. 251). Can it really be said that in an entrapment situation the accused is placed in circumstances which are equally traumatic? I do not think this is the case, and this is precisely the reason why a stay is entered instead of an acquittal. The accused in a typical entrapment situation is not being threatened with death or bodily harm and nor is peril imminent. I agree that there is a limit, imposed by external events, on the accused's freedom of choice of action in all three cases of duress, necessity and entrapment; there is, however, a great difference in the quality and degree of pressure in the entrapment situation: it is less intense and the circumstances are not morally agonizing to the accused.

The criminal law, as noted by Professor Eric Colvin in his text *Principles of Criminal Law* (1986), has recognized as defences, "Only the strongest of excuses" (at p. 166). It is my considered opinion that entrapment is not an exculpatory defence and I find absolutely no merit in the idea that the entrapment is a justifying defence because it cannot be said that the accused's commission of the crime by reason of police pressure was not wrongful.

There is a third and perhaps more fundamental problem with the notion that entrapment relates to

de procédure, mais l'inverse n'est pas nécessairement vrai; des pratiques qui constituent un abus de procédure peuvent ne pas être assimilables à la contrainte.

^a Il faut distinguer entre le genre de pression à laquelle un inculpé est confronté dans un cas de contrainte ou de nécessité et le genre de pression exercée sur l'inculpé par les techniques de provocation policière. Par exemple, dans le cas de la contrainte, l'art. 17 du *Code* requiert que l'inculpé soit menacé «de mort immédiate ou de lésion corporelle». De même, la défense de nécessité requiert que la «situation soit urgente et que le danger soit imminent» de sorte qu'«un être humain normal serait instinctivement forcé d'agir et de considérer tout conseil de temporiser comme déraisonnable» (*Perka*, précité, à la p. 251). Peut-on réellement dire qu'en situation de provocation policière l'inculpé se trouve placé dans des circonstances qui sont aussi traumatisantes? Je ne pense pas que ce soit le cas et c'est là précisément la raison pour laquelle il y a suspension et non acquittement.

^b Dans une situation de provocation policière typique, l'inculpé n'est menacé ni de mort ni de lésion corporelle et le péril n'est pas imminent. Je reconnais qu'il y a une limite, imposée par des événements externes, à la liberté de choix de l'inculpé dans les trois cas de contrainte, de nécessité et de provocation policière; il y a cependant une grande différence dans le genre et dans le degré de pression en situation de provocation policière: elle est moins intense et, moralement, le dilemme n'est pas aussi cornélien pour l'inculpé.

Le droit criminel, comme le note le professeur Eric Colvin dans son *Principles of Criminal Law* (1986), a reconnu comme moyen de défense [TRA-DUCTION] «Seulement les excuses les plus fortes» (à la p. 166). Je suis d'opinion, tout bien pesé, que la provocation policière n'est pas un moyen de défense disculpatoire et je ne vois vraiment rien de fondé dans l'idée que la provocation policière est un moyen justificatif de défense, parce qu'on ne peut dire que la perpétration du crime par l'inculpé en raison de la pression policière n'était pas répréhensible.

^j La notion que la provocation policière a un rapport avec le blâme ou la culpabilité imputable à

the blameworthiness or culpability of the accused: if this is the proper theoretical foundation for allowing the claim of entrapment, then on what principled basis can we justify limiting the defence to situations where it is the state, and not a private citizen, who is the entrapping party? Professor Colvin makes this point in the following passage (*supra*, at p. 232):

Considering entrapment from the standpoint of the theory of criminal culpability, the better arguments are for recognizing the defence in a procedural rather than an exculpatory form. This is not to deny that circumstances of entrapment can sometimes provide an excuse which might merit recognition by way of a special defence. But, if the argument for an excusing defence is accepted, it demands much more than the entrapment defence as it has been hitherto conceived. The arguments for an entrapment defence have been made with respect to entrapment by the police or their agents. Yet in almost all cases, the accused would not have known who was entrapping him. It is therefore immaterial to his culpability whether it happened to be the police or someone else. The argument for an excusing defence can only be sustained as an argument for a defence of wider application, available wherever someone has been pressured into committing an offence by another person. The defence of duress represents a limited concession to the view that exculpation can be appropriate in this kind of situation. There has, however, been little support for extending its rationale to cases of persistent solicitation. In addition, the arguments for making entrapment an excusing defence have generally been confined to entrapment by the police or their agents. If the defence is to be subject to this limitation, it is best conceived as an aspect of abuse of process. [Citations omitted.]

It could be argued, as an American author has, that the limitation to police and their agents is necessary to avoid collusion between co-conspirators, for example where one conspirator takes the blame for the commission of an offence by testifying he or she entrapped the co-conspirators, and also to avoid false claims of entrapment against people who cannot be located by the prosecution. The writer asserts it would be difficult to ascertain the truth if such testimony is uncontradicted (see:

l'inculpé pose un troisième problème, encore plus fondamental peut-être: s'il s'agit là d'un fondement théorique approprié justifiant de reconnaître l'allégation de provocation policière, sur quel principe de base peut-on justifier la limitation de la défense à des situations où c'est l'État, et non quelque citoyen privé, qui provoque? Le professeur Colvin soulève ce point dans le passage suivant (précité, à la p. 232):

[TRADUCTION] Considérant la provocation policière du point de vue de la théorie de la culpabilité criminelle, les meilleurs arguments militent en faveur d'une reconnaissance du moyen de défense au niveau de la procédure plutôt que sous une forme disculpatoire. Il ne s'agit pas de nier qu'en certaines circonstances la provocation policière peut parfois servir d'excuse qui mérite d'être reconnue comme un moyen de défense particulier. Mais, si l'on accepte l'argument d'un moyen de défense disculpatoire, il exige beaucoup plus que la défense de provocation policière telle qu'elle a jusqu'à maintenant été conçue. Les arguments en faveur d'une défense de provocation policière ont été avancés dans le cas d'une provocation par la police ou par ses agents. Et pourtant, dans presque tous les cas, l'inculpé ignorait qui le provoquait. Cela n'a donc aucune importance au regard de sa culpabilité qu'il se soit agi de la police ou d'un tiers. L'argument en faveur d'un moyen de défense disculpatoire ne peut être fondé qu'en tant qu'argument favorable à une défense d'application plus large, dont disposerait quiconque a été amené à commettre une infraction par un tiers. La défense de contrainte représente une concession limitée envers la conception qui voit la disculpation comme appropriée dans ce genre de situation. L'extension de ce motif à des cas de sollicitations persistantes n'a guère trouvée d'appui cependant. En outre, les arguments favorables à la provocation en tant que défense disculpatoire ont généralement été confinés à la provocation par la police ou ses agents. Si la défense doit être limitée ainsi, il vaut mieux la concevoir comme un aspect de l'abus de procédure. [Citations omises].

On pourrait soutenir, comme l'a fait un auteur américain, que cette limitation à la police et à ses agents est nécessaire pour éviter la collusion entre parties à un même complot, par exemple lorsque l'une de ces parties assume le blâme pour la perpétration d'une infraction en déclarant, dans son témoignage, qu'elle a provoqué les autres parties, et aussi pour éviter de fausses allégations de provocation contre des tiers que la poursuite ne peut découvrir. L'auteur soutient qu'il serait difficile

R. Park, "The Entrapment Controversy" (1976), 60 *Minn. L.R.* 163, at pp. 241-42). The second point urged by this author is that in addition to being concerned with culpability, the defence has the objective of maintaining the purity of the courts and controlling police conduct and one "may properly limit the defence to circumstances in which these policies would be served simultaneously" (at p. 242).

I do not find either of these two arguments persuasive of the proposition for which they are put forward. First of all, I would note that the authors of the majority opinions in the United States Supreme Court make no effort to justify the lack of extension of the defence to entrapment by private persons on any grounds, let alone either of the two described above. This suggests to me that the issue is not the appropriateness of limiting the defence to entrapment by police or their agents, but rather the assumed inappropriateness of extending the defence any further. The reasons for not extending it do not relate to blameworthiness.

Even if I were of the view, which I am not, that the fundamental reason behind recognizing the claim of entrapment is culpability, I could not accept Professor Park's justifications for restricting the defence. The concern regarding collusion among co-conspirators exists in the defence of duress as well. The credibility of the testimony of a co-conspirator who admits to entrapment under an agreement to take the blame for the commission of an offence would have to be carefully considered even assuming it would be a common event for one conspirator to play the part of a martyr. I think this proposition is a bit unrealistic but even if it is not, a trier of fact would not likely be misled by invalid claims by co-conspirators. Further, under s. 17 of the *Code*, individuals who are parties to a conspiracy or association whereby they are subject to compulsion are disentitled to claim duress as a defence. Similarly, in England, where the defence of duress is governed by the common law, it has been held that the defence is unavailable to those who commit an offence under pressure, if at the

d'établir la vérité si un témoignage de ce genre n'est pas contredit (voir: R. Park «The Entrapment Controversy» (1976), 60 *Minn. L.R.* 163, aux pp. 241 et 242). Cet auteur insiste sur un second point: en plus de concerner la culpabilité, le moyen de défense a pour objet le maintien de l'intégrité des tribunaux et le contrôle de la conduite de la police et l'on [TRADUCTION] «peut, à bon droit, limiter le moyen de défense à des circonstances où ces fins sont simultanément servies» (à la p. 242).

Je ne trouve ni l'un ni l'autre argument persuasif, quant à la proposition pour laquelle ils sont avancés. En premier lieu, je rappelle que les auteurs des opinions majoritaires de la Cour suprême des États-Unis n'ont pas tenté de justifier l'absence d'extension de la défense de provocation policière aux personnes privées quel que soit le motif, encore moins pour les deux précédemment décrits. Ce qui m'amène à penser que ce qui est en cause, ce n'est pas le bien-fondé de la limitation de la défense à la provocation par la police ou par ses agents, mais plutôt le postulat voulant qu'il serait mal fondé d'étendre encore plus la défense. Les raisons de ne pas l'étendre n'ont pas de rapport avec la responsabilité.

Même si je devais être d'avis, ce qui n'est pas le cas, que la raison fondamentale qui se cache derrière la reconnaissance de la provocation policière est la culpabilité, je ne pourrais accepter les justifications du professeur Park pour restreindre la défense. La crainte de collusion entre parties à un complot existe dans le cas de la défense de contrainte aussi. La crédibilité du témoignage de l'une des parties au complot qui admet être l'auteur d'une provocation, en exécution d'un accord prévoyant qu'il assumera le blâme pour la perpétration d'une infraction, devrait être soigneusement examinée, même en présumant qu'il arrivera fréquemment que l'une des parties au complot joue ce rôle de martyr. Cette proposition est, je pense, un peu irréaliste mais, même dans le cas contraire, les prétentions invalides des parties à un complot, vraisemblablement, n'égarent pas le juge des faits. De plus, en vertu de l'art. 17 du *Code*, les individus parties à un complot ou à une association coercitive à leur égard perdent le droit d'alléguer la contrainte comme moyen de défense. De même,

time of commission they are active members of a criminal organization or association that they joined voluntarily and with the knowledge that the association might put pressure on them to commit an offence (see: *R. v. Sharp*, [1987] 3 All E.R. 103 (C.C.A.); and see also, *R. v. Howe*, [1987] 1 All E.R. 771 (H.L.), *per* Lord Halisham at p. 782 and *per* Lord Griffiths at p. 786, both citing *R. v. Fitzpatrick*, [1977] N.I. 20 (N.I. C.C.A.))

The spectre of false allegations by people is also an unsatisfactory basis upon which to deny the availability of the defence to those who are not falsely claiming that they have been entrapped. In the situation where the alleged entrapper cannot be found the issue would fall to be resolved by reference to the credibility of the accused and, if necessary, to any facts which support or undermine the accused's version of events. In all truly difficult cases the trier of fact may be trusted to ascertain the truth to the degree necessary to either uphold or reject the defence.

I also reject the second argument put forward by Professor Park, namely, that it is proper to limit the defence to cases where the culpability concern and assessment of police conduct concern can both be met. This simply illustrates that the real issue is the conduct of the state and the effect that conduct has on the administration of justice. Further, an American court following the subjective approach will convict a predisposed accused even if the police conduct was particularly offensive unless, perhaps, it was so outrageous as to trigger a due process defence. It is my view that it would bring the administration of justice into disrepute to permit a conviction in those circumstances and the goal of preserving respect for the courts would be undermined. This illustrates that a fusion of the culpability and administration of justice rationales produces a doctrine which is misguided with respect to blameworthiness and too restrictive to

en Angleterre, où la défense de contrainte est régie par la *common law*, il a été jugé que ceux qui commettent une infraction sous la menace ne peuvent se prévaloir de la défense si, au moment de la perpétration, ils participent activement à une organisation ou association de malfaiteurs, à laquelle ils se sont joints volontairement, en sachant que l'association pourrait les forcer à commettre une infraction (voir: *R. v. Sharp*, [1987] 3 All E.R. 103 (C.C.A.); et voir aussi, *R. v. Howe*, [1987] 1 All E.R. 771 (H.L.), lord Halisham à la p. 782 et lord Griffiths à la p. 786, citant tous deux *R. v. Fitzpatrick*, [1977] N.I. 20 (N.I. C.C.A.))

Le spectre des fausses allégations aussi est un fondement insatisfaisant quand on veut refuser la défense à ceux qui ne se prétendent pas faussement victimes d'une provocation. Dans le cas où le prétendu provocateur ne peut être trouvé, la question devrait être résolue en fonction de la crédibilité de l'inculpé et, si nécessaire, de tous les faits qui corroborent ou infirment sa version des événements. Dans tous les cas vraiment difficiles, on peut s'en remettre en toute confiance au juge des faits qui saura établir suffisamment la vérité pour être en mesure d'accueillir ou de rejeter le moyen de défense.

Je rejette aussi le second argument avancé par le professeur Park, qu'il conviendrait de limiter la défense aux cas qui satisfont tant à l'aspect culpabilité qu'à l'aspect évaluation de la conduite de la police. Cela montre simplement que la véritable question est le comportement de l'État et l'effet de ce comportement sur l'administration de la justice. De plus, un tribunal américain qui suit l'orientation subjective condamnera un inculpé prédisposé même si la conduite de la police s'est révélée particulièrement offensante, à moins, peut-être, qu'elle ne se révèle à ce point outrageante qu'elle déclenche une défense d'application régulière de la loi. Je suis d'avis qu'on déconsidérerait l'administration de la justice en autorisant une déclaration de culpabilité dans ces circonstances et que l'on saperait le but recherché, la préservation du respect pour les tribunaux. Ce qui montre qu'une fusion des motivations tenant à la culpabilité et à l'administration de la justice produit une doctrine peu judicieuse concernant l'imputation du blâme,

achieve the objective of preserving respect for the administration of justice.

I remain firmly of the view that the true basis for allowing an accused the defence of entrapment is not culpability. I will summarize the main reasons. Firstly, in most cases the essential elements of the offence will have been met. Secondly, the circumstances in which an accused is placed in an entrapment situation are not agonizing in the sense acknowledged by the defences of duress or necessity. Where the police conduct does amount to duress, that defence can be pleaded in conjunction with an abuse of process allegation. I would note, however, that any "threats" by the police, even if insufficient to support the defence of duress, will be highly relevant in the assessment of police conduct for the purpose of an abuse of process claim. The third reason why I am unwilling to view entrapment as relating to culpability is that if it did, there would not be a valid basis on which to limit the defence to entrapment by the state. The lack of support for an extension of the defence to provide against entrapment by private citizens demonstrates that the real problem is with the propriety of the state's employing such law enforcement techniques for the purpose of obtaining convictions. If this is accepted, then it follows that the focus must be on the police conduct.

IV. *The Proper Approach*

The next and more difficult issue to be considered is what is the appropriate method of determining whether police conduct has exceeded permissible limits such that allowing a trial to proceed would constitute an abuse of process? The objective and subjective approaches as revealed in the writings of the United States Supreme Court have each been soundly criticized and there is some difficulty in disentangling oneself from the accepted definitions of the terms "subjective" and "objective", or from the explanations of these two types of analysis. As far as possible, however, I

et trop restrictive pour permettre d'atteindre l'objectif de préservation du respect pour l'administration de la justice.

^a Je demeure fermement convaincu que le véritable fondement qui permet à un inculpé d'invoquer la défense de provocation policière n'est pas la culpabilité. J'en résume les principales raisons. Premièrement, dans la plupart des cas, les éléments essentiels de l'infraction sont réunis. ^b Deuxièmement, les circonstances dans lesquelles l'inculpé est placé en situation de provocation policière ne sont pas déchirantes, au sens reconnu dans les défenses de contrainte ou de nécessité. Lorsque ^c la conduite de la police devient assimilable à la contrainte, ce moyen de défense peut être plaidé concurremment avec une allégation d'abus de procédure. Je me dois de rappeler, néanmoins, que toutes les «menaces» de la police, même si elles ne ^d suffisent pas à fonder une défense de contrainte, seront fort pertinentes quand il s'agira d'évaluer la conduite de la police pour les fins d'une allégation d'abus de procédure. La troisième raison pour ^e laquelle je refuse de voir un rapport entre la provocation policière et la culpabilité est que, si c'était le cas, il n'y aurait aucun fondement valide justifiant de limiter la défense de provocation par l'État. L'absence d'appui en faveur de l'extension ^f de la défense à la provocation par des citoyens privés démontre que le véritable problème réside dans le bien-fondé pour l'État d'employer de telles techniques pour faire respecter la loi, dans le but d'obtenir des déclarations de culpabilité. Si l'on ^g admet cela, il s'ensuit qu'il faut axer l'analyse sur la conduite de la police.

IV. *La façon appropriée d'aborder le problème*

^h La question suivante, plus difficile, qu'il faut se poser est de savoir quelle est la méthode appropriée pour déterminer si la conduite de la police a dépassé les limites de l'acceptable, de sorte que permettre au procès de suivre son cours constituerait un abus de procédure. Les conceptions objectives et subjectives qui se dégagent des écrits de la Cour suprême des États-Unis ont l'une et l'autre été critiquées à bon droit et il n'est pas facile de se dégager des définitions reconnues des termes «subjectif» et «objectif», ni des explications fournies par ces deux analyses. Dans la mesure du possible,

would like to consider the issue from a clean slate and decide what is appropriate in the Canadian context. Before doing so, however, the decision of Estey J. in *Amato, supra*, must be reviewed.

In *Amato*, Estey J. accepted the rationale of the minority in the United States Supreme Court, and this might seem to dictate a concurrent acceptance of the minority's method of inquiry, which is to ask if a hypothetical nonpredisposed person would likely have been induced to commit an offence; if so, the police have gone beyond providing merely an opportunity for criminal activity (*Sherman, supra, per* Frankfurter J., at p. 384). It appears, however, that Estey J. articulated a test which has both subjective and objective components. For ease of reference I will paraphrase the essential elements of the defence as stated by Estey J. in *Amato*, at p. 446:

1. (a) The offence must be instigated, originated or brought about by the police; and
(b) the accused must be ensnared into the commission of the offence by the police conduct.
2. The purpose of the scheme must be to gain evidence for the prosecution of the accused for the very crime which has been so instigated.
3. The inducement may include, among other things, deceit, fraud, trickery or reward and will usually, although not necessarily, consist of calculated inveigling and persistent importuning.
4. The character of the initiative taken by the police is unaffected by the fact that the law enforcement agency is represented by a member of a police force or an undercover or other agent, paid or unpaid, but operating under the control of the police.
5. In the result the scheme must be considered, in all the circumstances, so shocking and outrageous as to bring the administration of justice into disrepute.
6. In examining the character in law of the police conduct—for example, persistent importuning—, the existence of reasonable suspicion on behalf of the police that the accused would commit the offence without inducement is relevant.

néanmoins, j'aimerais aborder la question en faisant table rase et décider ce qui s'impose dans le contexte canadien. Avant de ce faire cependant, la décision du juge Estey, dans l'arrêt *Amato*, précité, doit être étudiée.

Dans l'arrêt *Amato*, le juge Estey s'est rallié aux raisons de la minorité de la Cour suprême des États-Unis, et cela semblerait dicter corollairement une acceptation de la méthode d'investigation de la minorité, laquelle consiste à se demander si une personne hypothétique, sans prédisposition, aurait vraisemblablement été induite à commettre une infraction; dans ce cas, la police ne s'est pas simplement contentée de fournir l'occasion de l'activité criminelle (*Sherman*, précité, le juge Frankfurter, à la p. 384). On voit cependant que le juge Estey a formulé un test comportant des critères tant subjectifs qu'objectifs. Pour faciliter l'exposition, je reprends, en paraphrasant, l'énoncé des éléments essentiels de la défense donné par le juge Estey dans l'arrêt *Amato*, à la p. 446:

1. a) L'infraction doit être provoquée, amorcée ou occasionnée par la police; et
b) la conduite de la police doit avoir incité l'accusé à commettre l'infraction.
2. Le plan doit avoir pour but de trouver des preuves en vue de poursuivre l'accusé pour le crime même qui a été ainsi provoqué.
3. L'incitation peut résulter, notamment, de la tromperie, de la fraude, de la supercherie ou d'une récompense, et comportera ordinairement mais pas obligatoirement un piège calculé et des sollicitations répétées.
4. Le fait que le corps policier soit représenté par un policier, un agent secret ou une autre personne, payée ou non, mais qui agit sous les ordres de la police, ne change rien à la nature de l'initiative de la police.
5. En définitive, cette machination doit dans tous les cas être si révoltante et si indigne qu'elle ternit l'image de la justice.
6. Dans l'examen de l'aspect juridique de la conduite policière, à titre d'exemple, les sollicitations répétées, les soupçons raisonnables des policiers, que l'accusé commettrait l'infraction sans incitation, sont pertinents.

7. By itself and without more the predisposition in fact of the accused is not relevant to the availability of the defence.

It is evident to me that Estey J.'s criteria have nothing to do with a determination of whether the particular accused should be excused from the commission of the crime. The question is whether the conduct of the police has exceeded acceptable limits. The issue is whether this conduct should be evaluated in light of the particular accused or whether the analysis should be more detached and focus on police conduct with accused persons generally. I have come to the conclusion that it is the latter method of analysis which is the most consistent with the reasons for recognizing the doctrine of entrapment, and which best achieves the objective of ensuring that the administration of justice commands the respect of the community.

There is a danger that a court will be misled into a subjective analysis focusing on the effect of the police conduct on the particular accused because of some of the wording used by Estey J. in *Amato, supra*. This appears to be the approach taken by the trial judge in the present case. Since I concurred in that opinion it is necessary to explain what I believe to have been the meaning of Estey J.'s opinion and further, to expand on parts of the test enunciated in *Amato, supra*. It has, for example, been noted by Professor France in his article, "Problems in the Defence of Entrapment" (1988), 22 *U.B.C. Law Rev.* 1, at p. 12, that Estey J.'s use of certain turns of phrase may lead to a predisposition inquiry:

The use of the word "ensnare" is confusing. The requirement that the accused be ensnared may just be a reference to the factual necessity that the commission of the offence must have been in response to the efforts of the government agent. If this is the case though, it seems to add little to the preceding condition that the offence be brought about by the agent. The concern here is that the word is more likely to be seen as suggesting some predisposition inquiry, in that it must be the government agent's conduct alone that prompted the accused to offend, or in other words, that the accused would not have otherwise offended. It is not suggested that Estey J.

7. Prise isolément et sans que rien d'autre n'intervienne, la prédisposition réelle de l'accusé n'a aucun rapport avec la possibilité de se prévaloir de cette défense.

^a Il me paraît évident que les critères du juge Estey n'ont rien à voir avec une décision où il s'agirait de savoir si l'on doit excuser l'inculpé en cause pour le crime commis. La question est de savoir si la conduite de la police a dépassé les bornes de l'acceptable. Il s'agit de savoir si cette conduite doit être évaluée en fonction de l'accusé en cause ou si l'on doit procéder à une analyse plus détachée, et ne s'intéresser qu'à la conduite de la police envers les accusées en général. J'en suis venu à la conclusion que c'est cette dernière méthode d'analyse qui est la plus compatible avec les raisons de la reconnaissance de la doctrine de la provocation policière et qui permet le mieux d'atteindre l'objectif visé, s'assurer que l'administration de la justice jouit du respect de la collectivité.

^e Il y a le danger qu'un tribunal soit amené à tort à procéder à une analyse subjective, à s'intéresser à l'effet de la conduite de la police sur l'inculpé en cause par suite de certains termes employés par le juge Estey dans l'arrêt *Amato*, précité. Il semble que ce soit la démarche suivie par le juge du procès en l'espèce. Comme je souscris à cette opinion, il est nécessaire que j'explique ce que je crois être le sens de l'opinion du juge Estey et, en outre, que je m'étende sur certains aspects du test énoncé dans l'arrêt *Amato*, précité. Le professeur France a noté, par exemple, dans son article intitulé «Problems in the Defence of Entrapment» (1988), 22 *U.B.C. Law Rev.* 1, à la p. 12, que l'emploi de certaines expressions peut mener à une investigation de la prédisposition:

^h [TRADUCTION] L'emploi du terme «inciter» prête à confusion. L'exigence que l'inculpé soit incité peut n'être qu'une référence au fait qu'il est nécessaire que la perpétration de l'infraction soit due aux efforts de l'agent du gouvernement. Si c'est le cas cependant, cela ne semble guère ajouter à la condition précédente voulant que l'infraction ait été occasionnée par l'agent. Le point qui est préoccupant ici est que le terme risque plutôt d'être perçu comme une invitation à procéder à une investigation quelconque de la prédisposition, puisqu'il faut que ce soit le seul comportement de l'agent du gouvernement qui ait poussé l'inculpé à l'infraction ou,

meant this, but hindsight suggests it is an unhappy word to have used.

In the same manner, the reference to the “reasonable suspicion” of the police as being a relevant circumstance could be interpreted as begging a predisposition-based analysis. In other words, if the police believe the accused would have committed the offence without inducement, does this mean they believe he or she was predisposed to commit the offence, and therefore their conduct is justified? If this is how the reference to “reasonable suspicion” is interpreted, it would have the effect of indirectly incorporating a predisposition analysis. I concede that it is hard to deny the relevance of the reasonable suspicions of the police in assessing their conduct towards a particular accused, and I will explain later at what stage of the analysis it should be taken into account.

It could also be argued that the use of the term “entrapment” itself dictates an inquiry into the predisposition of the individual accused. The argument is really one of causation. As I understand it, the idea is that even if the police conduct, viewed objectively, has gone further than the provision of an opportunity, in the case of an accused who is predisposed, it cannot be said that the reason or cause for his or her commission of the offence is the actions of the police; rather, it is because of the accused’s predisposition to crime. In my opinion, the test for entrapment cannot be safely based on the assumption that a predisposed person can never be responding to police conduct in the same way a non-predisposed person could be. It is always possible that, notwithstanding a person’s predisposition, in the particular case it is the conduct of the police which has led the accused into the commission of a crime.

Those who argue for an inquiry into predisposition, and thereby deny the availability of an allegation of police misconduct, ignore this possibility. I am unwilling to do so. Obviously it is difficult to determine exactly what caused the accused’s actions, but given that the focus is not the

en d’autres termes, s’assurer que l’inculpé ne l’aurait pas commise autrement. Il ne s’agit pas d’affirmer que c’était là ce que voulait dire le juge Estey, mais plutôt intuitivement, que c’était là employer un terme malheureux.

De même, la mention d’un «suspçon raisonnable» de la police comme circonstance pertinente pourrait être interprétée comme une invitation à procéder à une analyse fondée sur la prédisposition. En d’autres termes, si les policiers croient que l’inculpé aurait commis l’infraction sans y être incité, cela signifie-t-il qu’ils le croient prédisposé à commettre l’infraction et, par conséquent, que leur conduite est justifiée? Si c’était ainsi que la mention du «suspçon raisonnable» était interprétée, elle aurait pour effet d’introduire indirectement une analyse sur la prédisposition. Je conviens qu’il est difficile de nier la pertinence d’un suspçon raisonnable de la police quand on évalue sa conduite envers l’inculpé en cause, aussi expliquerais-je plus loin à quel stade de l’analyse il faut en tenir compte.

On peut aussi soutenir que l’emploi du terme «provocation» en lui-même dicte une investigation de la prédisposition de l’individu inculpé. Il s’agit en réalité d’un argument causal. Si je comprends bien, l’idée est que, même si, objectivement, la conduite de la police, va plus loin que l’offre d’une occasion, dans le cas de l’inculpé prédisposé, on ne peut dire que ce sont les actes des policiers qui sont la raison ou la cause de la perpétration de l’infraction; plutôt, c’est en raison de la prédisposition de l’inculpé au crime. À mon avis, le test de la provocation policière ne saurait être fondé sans risque sur le postulat qu’une personne prédisposée ne peut jamais réagir à la conduite de la police de la même manière qu’une personne qui n’a pas ce penchant. Il est toujours possible que, indépendamment de la prédisposition de la personne, dans un cas particulier, ce soit la conduite de la police qui ait amené l’inculpé à commettre un crime.

Ceux qui demandent une investigation de la prédisposition, et par conséquent refusent de se prévaloir d’une allégation de la conduite irrégulière de la police, ne tiennent pas compte de cette possibilité. Je ne suis pas de cet avis. De toute évidence, il est difficile de déterminer exactement

accused's state of mind but rather the conduct of the police, I think it is sufficient for the accused to demonstrate that, viewed objectively, the police conduct is improper. To justify police entrapment techniques on the ground that they were directed at a predisposed individual is to permit unequal treatment. I gratefully adopt the criticisms espoused in the minority and dissenting opinions of the judgments of the United States Supreme Court discussed earlier, which have convinced me of the fundamental inequality inherent in an approach that measures the permissibility of entrapment by reference to the predisposition of the accused.

Further, the predisposition approach amounts in most cases to little more than an *ex post facto* justification for behaviour which would be unacceptable if directed at a non-predisposed person, and the reasoning process is quite illogical. For example, in those courts following a subjective approach, once predisposition is admitted, there can be no defence of entrapment, regardless of whether the conduct, objectively considered, appears to go beyond the mere provision of an opportunity to commit a crime. It seems to me, however, that since, according to the definition used in the United States Supreme Court, a predisposed person is one who would commit an offence when given the opportunity, the fact that the police must go further to attract a person into the commission of an offence suggests that the person was not predisposed. This demonstrates that the police were wrong; it hardly supports the idea that it is logical to preclude an entrapment claim by predisposed persons who have been provided with more than an opportunity. There is an additional concern that the mere fact that the accused committed the crime may be taken to demonstrate predisposition, and again this would preclude any analysis of the propriety of the police behaviour. For these reasons, I have come to the conclusion that the subjective approach followed by the majority of the United States Supreme Court is fundamentally flawed and is inconsistent with the rationale I have accepted for the doctrine of entrapment.

la cause des actes de l'inculpé, mais étant donné qu'on ne doit pas s'intéresser à l'état d'esprit de l'inculpé mais plutôt à la conduite de la police, je pense qu'il suffit que l'inculpé démontre qu'objectivement la conduite de la police était irrégulière. Justifier la technique de la provocation policière parce qu'elle visait un individu prédisposé, c'est autoriser un traitement inégal. C'est avec reconnaissance que je fais miennes les critiques épousées par la minorité dans les opinions dissidentes des arrêts de la Cour suprême des États-Unis analysés précédemment; elles m'ont convaincu de l'inégalité fondamentale inhérente à une démarche qui mesure l'admissibilité de la provocation par référence à la prédisposition de l'inculpé.

De plus, aborder le problème en fonction de la prédisposition équivaut, dans la plupart des cas, à rien de moins qu'une justification *ex post facto* d'une conduite qui aurait été inacceptable si elle avait visé une personne non prédisposée, et le processus du raisonnement est fort illogique. Par exemple, pour les tribunaux qui appliquent la conception subjective, une fois la prédisposition admise, il ne peut y avoir de défense de provocation policière, indépendamment de toute conduite qui, objectivement, paraît aller au-delà de la simple occasion fournie de commettre un crime. Il me semble toutefois que, selon la définition utilisée par la Cour suprême des États-Unis, une personne prédisposée est celle qui commettrait l'infraction si elle en avait l'occasion et le fait que la police doit aller plus loin pour entraîner une personne prédisposée à commettre une infraction porte à croire qu'elle n'était pas prédisposée. Ce qui démontre que la police avait tort; cela ne confirme guère l'idée qu'il est logique de refuser l'allégation de provocation policière aux personnes prédisposées auxquelles on a fourni plus qu'une occasion. Il est aussi préoccupant que le simple fait que l'inculpé ait commis le crime puisse démontrer la prédisposition et, ici encore, cela interdit toute analyse de la régularité de la conduite de la police. Pour ces raisons, j'en suis venu à la conclusion que la conception subjective suivie par la majorité des juges de la Cour suprême des États-Unis est fondamentalement boiteuse et incompatible avec le fondement de la doctrine de la provocation policière que j'accepte.

I do not interpret what was said in *Amato* as in any way endorsing a predisposition-based inquiry, and I am confirmed in this view by Estey J.'s statement that "By itself and without more the predisposition in fact of the accused is not relevant to the availability of the defence" (*Amato, supra*, at p. 446, emphasis added). Further, the statement of Estey J. with respect to the police suspicion that the accused would commit the offence without inducement, properly understood, does not import an inquiry into the predisposition of the particular accused. I take this statement to mean that the police are entitled to provide opportunities for the commission of offences where they have reasonable suspicion to believe that the individuals in question are already engaged in criminal conduct. The absence of a reasonable suspicion may establish a defence of entrapment for two reasons: firstly, it may indicate the police are engaged in random virtue-testing or, worse, are carrying on in that way for dubious motives unrelated to the investigation and repression of crimes and are as such "*mala fides*".

Of course, in certain situations the police may not know the identity of specific individuals, but they do know certain other facts, such as a particular location or area where it is reasonably suspected that certain criminal activity is occurring. In those cases it is clearly permissible to provide opportunities to people associated with the location under suspicion, even if these people are not themselves under suspicion. This latter situation, however, is only justified if the police acted in the course of a *bona fide* investigation and are not engaged in random virtue-testing. While, in the course of such an operation, affording an opportunity in a random way to persons might unfortunately result in attracting into committing a crime someone who would not otherwise have had any involvement in criminal conduct, it is inevitable if we are to afford our police the means of coping with organized crime such as the drug trade and certain forms of prostitution to name but those two.

To illustrate *mala fides* conduct, consider the following: a police officer, who disapproves of

Je n'interprète nullement ce qui a été dit dans l'arrêt *Amato* comme un endossement d'une investigation fondée sur la prédisposition et le juge Estey me confirme dans cette opinion quand il dit que, «Prise isolément et sans rien d'autre, la prédisposition réelle de l'accusé n'a aucun rapport avec la possibilité de se prévaloir de cette défense» (*Amato*, précité, à la p. 446, je souligne). En outre, ce que dit le juge Estey au sujet du soupçon de la police que l'inculpé aurait commis l'infraction sans incitation, bien compris, ne présuppose pas une investigation de la prédisposition de l'inculpé en cause. Suivant mon interprétation, cela signifie que les policiers ont le droit d'offrir des occasions de commettre des infractions aux individus qu'ils peuvent raisonnablement soupçonner de vouloir commettre un crime sans y être incités. L'absence de soupçon raisonnable peut établir une défense de provocation policière pour deux raisons: premièrement, elle peut indiquer que les policiers cherchent à éprouver la vertu des gens en général ou, pire, qu'ils procèdent de la sorte pour des motifs douteux sans lien avec l'investigation et la répression des crimes et sont à ce titre «de mauvaise foi».

Bien sûr, dans certains cas, la police peut connaître l'identité d'individus précis, sans connaître certains autres faits, comme un lieu ou une zone particuliers qu'on peut raisonnablement suspecter d'être le théâtre d'une certaine activité criminelle. Dans ces cas, il est tout à fait permis de fournir des occasions à ceux qui sont associés aux lieux suspectés même si ces gens ne sont pas eux-mêmes soupçonnés. Cette dernière situation n'est seulement justifiée que si la police procède à une véritable enquête et ne cherche pas à éprouver la vertu des gens. Quoique, au cours d'une telle opération, donner par hasard une occasion à des gens de commettre un crime risque malheureusement d'amener à le faire quelqu'un qui n'aurait autrement pas eu de conduite criminelle, ceci est inévitable si nous devons donner à nos policiers les moyens de faire face au crime organisé, comme le trafic de stupéfiants et certaines formes de prostitution pour ne nommer que ces deux-là.

Pour illustrer la conduite de mauvaise foi, imaginons un policier qui désapprouve la libération

parole, sends prostitutes to solicit male parolees on, let us say, their first day out of the penitentiary, in order to get them to commit an offence and so have their parole revoked.

To illustrate conduct which is suggestive of random virtue-testing and which has the serious unnecessary risk of attracting innocent and otherwise law-abiding individuals into the commission of a criminal offence, consider the situation where a police officer decides he wants to increase his performance in court. To this end he plants a wallet with money in an obvious location in a park, and ensures that the wallet contains full identification of the owner. Someone may walk up, take the money and throw away the wallet and the identification; he would then arrest and charge that person. In my opinion, whether or not we are willing to say the average person would steal the money, this policeman has acted without any grounds, and his conduct carries the unnecessary risk that otherwise law-abiding people will commit a criminal offence. On the other hand, consider the situation where the police have received many complaints with respect to a theft of handbags in, for example, a bus terminal. If in the course of a *bona fide* inquiry, the police plant a handbag in an obvious location in the bus terminal and then arrest and charge the person who took the bag, I am of the opinion that this would not be a situation of entrapment. Despite the fact that the second of these three situations actually occurred in the United States, there is no indication that the police in this country are anywhere engaged in this type of conduct, and I doubt that entrapment cases in this country will raise allegations of this sort. I point it out because I think these extreme and unlikely examples illustrate that, at a very basic level, we do not expect to have contact with the police unless we have done something to trigger their suspicions, or unless we happen to be in the vicinity or reach of a *bona fide* investigation of criminal activity. Further, I think this type of situation must be considered, if only to ensure that the structure of the doctrine of entrapment is internally coherent.

conditionnelle et envoie des prostituées pour solliciter des hommes en libération conditionnelle, disons, le jour de leur sortie du pénitencier, pour qu'ils commettent une infraction ce qui entraîne la
a révocation de leur libération conditionnelle.

À titre d'illustration d'une conduite dont on peut dire qu'elle vise à éprouver au hasard la vertu en général, laquelle comporte des risques graves et
b inutiles d'entraîner des individus innocents et respectueux de la loi à commettre une infraction criminelle, prenons le cas où un policier décide qu'il veut améliorer le nombre de condamnations en cour. À cette fin, il dispose un portefeuille contenant de l'argent bien en évidence dans un
c parc, en s'assurant qu'il y a dans le portefeuille des pièces d'identité suffisantes pour identifier son propriétaire. Un promeneur peut prendre l'argent et se débarrasser du portefeuille et des pièces d'identité et il procède alors à l'arrestation et à l'inculpation de cette personne. À mon avis, que nous soyons ou non prêts à dire que l'individu moyen aurait volé l'argent, le policier a agi sans fondement et sa conduite comportait le risque inutile
e que des personnes par ailleurs respectueuses de la loi commettent une infraction criminelle. Par contre, considérons la situation où la police a reçu plusieurs plaintes de vol de sacs à main, par exemple, dans une gare routière. Si, au cours d'une véritable enquête, la police place un sac à main en évidence dans la gare routière et arrête et accuse la personne qui prend le sac, j'estime qu'il n'y aurait
g pas alors une provocation policière. Bien que la seconde de ces situations se soit effectivement produite aux États-Unis, rien n'indique que la police dans notre pays se livre à ce genre d'activité et je doute que les affaires de provocation policière
h dans notre pays soulèvent des allégations de ce type. Je le souligne parce que je pense que ces exemples extrêmes et improbables illustrent que, très fondamentalement, nous ne nous attendons pas à avoir affaire à la police à moins d'avoir fait
i quelque chose pour déclencher ses soupçons ou à moins que nous soyons proches ou impliqués dans une véritable enquête sur des activités criminelles. De plus, je pense que ce genre de situation doit
j être envisagée, ne serait-ce que pour assurer la cohésion interne de la structure de la doctrine de la provocation policière.

The past criminal conduct of an individual is relevant only if it can be linked to other factors leading the police to a reasonable suspicion that the individual is engaged in a criminal activity. Furthermore, the mere fact that a person was involved in a criminal activity sometime in the past is not a sufficient ground for "reasonable suspicion". But when such suspicion exists, the police may provide that person with an opportunity to commit an offence. Obviously, there must be some rational connection and proportionality between the crime for which police have this reasonable suspicion and the crime for which the police provide the accused with the opportunity to commit. For example, if an individual is suspected of being involved in the drug trade, this fact alone will not justify the police providing the person with an opportunity to commit a totally unrelated offence. In addition, the sole fact that a person is suspected of being frequently in possession of marijuana does not alone justify the police providing him or her with the opportunity to commit a much more serious offence, such as importing narcotics, although other facts may justify their doing so.

There should also be a sufficient temporal connection. If the reasonable suspicions of the police arise by virtue of the individual's conduct, then this conduct must not be too remote in time. I would note, however, that the reasonable suspicions of the police could be based on many factors and that it is not necessary for one of these factors to be a prior conviction. If the police have obtained information leading to a reasonable suspicion that a person is engaged in criminal activity, it will be enough of a basis for them to provide that person with the opportunity to commit an offence—the presence of a prior criminal record is not a prerequisite to the formation of reasonable suspicion. I do not think the requirement that the police act on reasonable suspicion is unduly onerous; from a common sense viewpoint it is likely that the police would not waste valuable resources attempting to attract unknown individuals into the commission of offences. It can perhaps be safely assumed, therefore, that the police will act on such grounds.

La conduite criminelle passée d'un individu n'est pertinente que si elle peut être reliée à de nombreux autres facteurs amenant les policiers à avoir un soupçon raisonnable que l'individu était engagé dans une activité criminelle. En outre, le simple fait qu'une personne a été impliquée dans une activité criminelle dans le passé n'est pas un motif suffisant de «soupçon raisonnable». Mais quand ce soupçon existe, les policiers peuvent donner à cette personne l'occasion de commettre l'infraction. Il est évident qu'il doit y avoir un lien rationnel et une certaine proportionnalité entre le crime raisonnablement soupçonné par la police et le crime que l'inculpé, grâce à la police, a l'occasion de commettre. Par exemple, si un individu est soupçonné d'être mêlé au trafic de la drogue, ce seul fait ne justifiera pas la police de donner à cette personne l'occasion de commettre une infraction absolument sans aucun rapport avec ce trafic. En outre, le seul fait qu'on soupçonne qu'une personne soit fréquemment en possession de marijuana ne justifie pas à lui seul que les policiers lui fournissent l'occasion de commettre une infraction beaucoup plus grave, telle l'importation de stupéfiants, alors que d'autres faits pourraient les justifier de le faire.

Il doit y avoir aussi un lien temporel suffisant. Si les soupçons raisonnables de la police découlent de la conduite de l'individu, celle-ci ne doit pas être trop éloignée dans le temps. Notons cependant que les soupçons raisonnables de la police peuvent être fondés sur de nombreux facteurs et qu'il n'est pas nécessaire que l'un de ces facteurs soit une déclaration de culpabilité antérieure. Si la police a obtenu des informations indiquant l'existence d'un soupçon raisonnable qu'une personne pourrait s'adonner à une activité criminelle, c'est là une raison suffisante de fournir à cette personne l'occasion de commettre une infraction—l'existence d'un casier judiciaire antérieur n'est pas nécessaire pour qu'il y ait soupçon raisonnable. Je ne pense pas qu'exiger que la police n'agisse que sur le fondement d'un soupçon raisonnable soit indûment sévère; du point de vue du bon sens, il n'est guère vraisemblable que la police dilapide ses trop maigres ressources à tenter d'entraîner des inconnus à commettre des infractions. On peut sans risque présumer, par conséquent, que la police n'agira que dans ces cas.

To summarize then, the police must not, and it is entrapment to do so, offer people opportunities to commit crime unless they have a reasonable suspicion that such people are already engaged in criminal activity or, unless such an offer is made in the course of a *bona fide* investigation. In addition, the mere existence of a prior record is not usually sufficient to ground a "reasonable suspicion". These situations will be rare, in my opinion. If the accused is not alleging this form of entrapment the central question in a particular case will be: have the police gone further than providing an opportunity and instead employed tactics designed to induce someone into the commission of an offence?

There is, therefore, entrapment when: (a) the authorities provide an opportunity to persons to commit an offence without reasonable suspicion or acting *mala fides*, as explained earlier or, (b) having a reasonable suspicion or acting in the course of a *bona fide* inquiry, they go beyond providing an opportunity and induce the commission of an offence. As I have already mentioned, the first form of entrapment is not likely to occur. The police of this country are generally resorting to the type of investigatory technique of providing opportunities only in relation to targeted people or locations clearly, and therefore reasonably, suspected of being involved in or associated with criminal activity, or again are already engaged in a *bona fide* investigation justifying the provision of such opportunities.

As regards the latter form of entrapment, to determine whether police conduct gives rise to this concern, it is useful to consider whether the conduct of the police would have induced the average person in the position of the accused, i.e., a person with both strengths and weaknesses, into committing the crime. I believe such a test is useful not only as an analytical mechanism that is consistent with objective analysis, but also because it corresponds to one of the reasons why the defence is thought desirable. In other words, it may be inevitable that, when apprised of the factual context of an entrapment case, members of the community

Pour résumer donc, la police ne doit pas donner aux gens des occasions de commettre une infraction, ce qui constitue de la provocation policière, à moins qu'elle ait de bonnes raisons de soupçonner qu'ils s'adonnent déjà à des activités criminelles ou à moins que l'offre ait lieu au cours d'une véritable enquête. En outre, la simple existence d'un casier judiciaire antérieur n'est pas normalement suffisante pour appuyer un «soupçon raisonnable». Ces cas seront rares à mon avis. Si l'inculpé n'allègue pas cette forme de provocation policière, la question centrale, dans un cas particulier, sera: les policiers se sont-ils contentés de fournir une occasion de commettre une infraction, en employant des techniques conçues pour inciter à la commettre, ou sont-ils allés plus loin?

Il y a, par conséquent, provocation policière lorsque: a) les autorités fournissent l'occasion de commettre une infraction en l'absence de soupçon raisonnable ou agissent de mauvaise foi, comme on vient de l'expliquer ou b) ayant des soupçons raisonnables ou au cours d'une véritable enquête, elles ne se contentent pas de fournir une occasion de commettre une infraction mais incitent à la commettre. Comme je l'ai déjà dit, la première forme de provocation policière ne se présentera guère. Les policiers, dans notre pays, n'ont en général recours à ce genre de techniques d'enquête que lorsqu'ils visent clairement des personnes ou des lieux et donc raisonnablement suspectés d'être mêlés ou associés à une activité criminelle ou encore lorsqu'ils sont déjà en train de faire une véritable enquête justifiant qu'ils offrent ces occasions.

En ce qui concerne la seconde forme de provocation policière, pour décider si la conduite de la police la met en cause, il est utile de se demander si cette conduite aurait amené l'individu moyen, dans la position de l'inculpé, soit une personne avec des points forts et des faiblesses, à commettre le crime. Je crois que c'est là un critère utile, non seulement en tant que mécanisme analytique compatible avec l'analyse objective, mais aussi parce qu'il correspond à l'une des raisons pour lesquelles le moyen de défense est jugé désirable. En d'autres termes, il peut être inévitable que, informé du cadre factuel d'une affaire de provocation poli-

will put themselves in the position of the accused; if a common response would be that anyone could have been induced by such conduct, this is a valuable sign that the police have exceeded the bounds of propriety. The reasoning does not go so far as to imply that the accused is therefore less blameworthy; rather, it suggests that the state is involved in the manufacture as opposed to the detection of crime.

An objective approach which uses the hypothetical person test only is subject to some criticism. For example, Professor Park argues (*supra*, at pp. 270-71):

The defense creates a risk that dangerous chronic offenders will be acquitted because they were offered inducements that might have tempted a hypothetical law-abiding person. More subtly, it creates a danger that persons will be convicted who do not deserve punishment. This danger stems from its attempts to evaluate the quality of government conduct without considering the defendant's culpability. The notion that sauce for the wolf is sauce for the lamb leads to unhappy consequences, since the sauce will be brewed with wolves in mind. Because many targets are professional criminals, judges will be reluctant to rule that entrapment has occurred simply because an agent found it necessary to appeal to friendship, make multiple requests, or offer a substantial profit. Yet approval of such conduct would lead to unfair results in cases where the target was law-abiding but ductile. For example, conviction of someone who has been solicited by a friend may be fair enough in the general run of cases, but unfair if the target was a nondisposed person who would not have committed the type of crime charged but for a request from that particular friend.

The response to this is two-fold. Firstly, I agree that there is a danger of convicting "lamb" or people who have a particular vulnerability such as a mental handicap or who are suffering from an addiction. In those situations, it is desirable for the purposes of analysis to consider whether the conduct was likely to induce criminal conduct in those people who share the characteristic which appears to have been exploited by the police. I am not, however, in agreement with the assertion that it is fair for the police in the general run of cases to

cière, chacun se place dans la position de l'inculpé; si la réponse unanime est que n'importe qui aurait pu être incité à se comporter de la sorte, c'est là un signe valable que la police a dépassé les bornes de l'acceptable. Le raisonnement ne va pas jusqu'à laisser entendre que l'inculpé est par conséquent moins digne de blâme; plutôt, il laisse voir que l'État s'adonne à la fabrication, par opposition à la détection, de crimes.

La démarche objective qui n'a recours qu'au critère de la personne hypothétique a fait l'objet de certaines critiques. Par exemple, le professeur Park soutient (précité, aux pp. 270 et 271):

[TRADUCTION] La défense comporte le risque que des délinquants chroniques dangereux soient acquittés, parce qu'ils ont été exposés à des incitations qui auraient pu tenter une personne hypothétique respectueuse de la loi. Plus subtilement, elle comporte le danger que certains soient reconnus coupables alors qu'ils ne méritent aucune sanction. Ce danger découle de cette tentative d'évaluer le conduite du gouvernement sans tenir compte de la culpabilité du défendeur. La notion que le loup et l'agneau doivent être logés à la même enseigne, a des conséquences malheureuses, puisque le logement sera conçu en fonction du loup. Comme de nombreuses cibles sont des criminels professionnels, les juges hésiteront à conclure qu'il y a eu provocation policière simplement parce qu'un agent a jugé nécessaire de faire appel à l'amitié, de faire de multiples demandes, ou d'offrir un profit substantiel. Et pourtant, l'approbation d'une telle conduite donnerait des résultats injustes dans les cas où la cible est respectueuse des lois mais influençable. Par exemple, reconnaître coupable celui qui a été sollicité par un ami peut être de bonne guerre quand il s'agit des affaires dont la justice est ordinairement saisie, mais inique si la cible est une personne sans prédisposition, qui n'aurait pas commis le genre de crime dont elle est inculpée, n'eût été la requête de cet ami particulier.

La réponse à cela est double. En premier lieu, je reconnais qu'il y a danger de condamner des «agneaux» ou des gens affectés d'une vulnérabilité particulière, tel un handicap mental, ou qui souffrent d'une quelconque accoutumance. Dans ces cas, il est souhaitable, pour les fins de l'analyse, de se demander si la conduite était susceptible d'induire une conduite criminelle chez ceux qui sont affectés des mêmes caractéristiques exploitées, semble-t-il, par la police. Je ne saurais néanmoins souscrire à la thèse qu'il est de bonne guerre pour

abuse a close relationship between friends or family members as compared to that between acquaintances, contacts or associates, for the purpose of inducing someone into the commission of an offence, and thus I do not consider this a valid criticism of the hypothetical person test. The nature of the relationship at issue is relevant and in certain cases it may be that the police have exploited confidence and trust between people in such a manner as to offend the value society places on maintaining the dignity and privacy of interpersonal relationships.

Secondly, I do not find the danger of acquitting wolves particularly troublesome. It assumes that it cannot be said the chance exists that a predisposed person would not have committed the particular offence were it not for the use of inducements that would have caused a nonpredisposed person to commit the offence. More fundamentally, this perspective is part of a larger viewpoint that in certain cases it would be better for society to send someone to jail for committing a crime, even if fundamental rights and procedural guarantees normally provided to an accused have been disregarded. The familiar refrain is that the end justifies the means. This view is, however, entirely inconsistent with the model of fairness which exists both within and alongside substantive criminal law doctrine. Could not the same comment of "acquitting wolves" be made where an accused's right to counsel or to remain silent have been flagrantly violated, and the evidence of his or her confession to the crime is excluded? In the short term, it may well be "better" for society to convict such persons, but it has always been held that in the long term it would undermine the system itself. If the rule of law is to have any meaning and provide the security which all in society desire, it is axiomatic that it be extended to every individual.

I am not of the view that the hypothetical or average person model is the only relevant method of analysis. There may be situations where it

la police, dans les affaires habituelles dont la justice est saisie, d'abuser des rapports étroits entre amis ou membres d'une même famille, à distinguer des connaissances, des contacts ou des associés, en vue d'inciter à commettre une infraction et, par conséquent, je ne considère pas cela comme une critique valide du critère de la personne hypothétique. La nature des rapports en cause est pertinente et, dans certains cas, il se peut que la police ait abusé de la confiance régnant entre certaines personnes à un point qui porte atteinte à la valeur que la société attache au maintien de la dignité et de l'intimité des relations interpersonnelles.

En second lieu, l'éventuel acquittement des «loups» ne me trouble guère. C'est présumer qu'il soit impossible de dire qu'une personne, ayant des propensions à commettre l'infraction en cause, ne l'aurait pas commise, n'eût été un recours à des incitations susceptibles d'amener une personne sans prédisposition à commettre l'infraction. Plus fondamentalement, cette perspective fait partie d'un point de vue plus global voulant que, dans certains cas, il est préférable pour la société d'emprisonner l'auteur d'un crime, même en bafouant les droits fondamentaux et les garanties de procédure dont profite normalement l'inculpé. C'est le refrain bien connu, que la fin justifie les moyens. Cette conception est cependant totalement incompatible avec le modèle d'équité existant tant au sein de la doctrine du droit criminel positif que parallèlement à celle-ci. Le même commentaire, «l'acquittement des loups», ne pourrait-il pas être fait dans le cas où le droit de l'inculpé à un avocat ou celui au silence ont été violés de manière flagrante et que la preuve de sa confession du crime est écartée? À court terme, il se peut que ce soit «mieux» pour la société de condamner de telles personnes, mais il a toujours été jugé qu'à long terme cela saperait le système lui-même. Si la primauté du droit doit avoir un sens et être une garantie de sécurité, ce que tous dans la société souhaitent, il faut, c'est axiomatique, l'étendre à chaque individu.

Je ne suis pas d'avis que le modèle de la personne hypothétique moyenne est la seule méthode d'analyse pertinente. Il peut y avoir des cas où l'on

cannot be concluded that a hypothetical person would likely have committed the offence under the same circumstances, and yet the presence of other factors support the conclusion that the police involvement in the instigation of crime has exceeded the bounds of propriety. When a court is of this view, the mere fact that the hypothetical-person model of analysis is not appropriate does not mean the conduct does not amount to an abuse of process. Each situation will have to be considered on its own merits, and with a view to determining whether the police have gone beyond merely providing the opportunity for the commission of a crime and have entered into the realm of the manufacture of criminal conduct. I would, at this point, re-emphasize Estey J.'s observation that it is not possible to state at the outset which elements will be decisive in an entrapment scenario. Nonetheless, it is possible to outline what factors will be relevant and I will attempt to suggest some of them.

I remain in agreement with Estey J.'s statement that "the inducement may be but is not limited to deceit, fraud, trickery or reward, and ordinarily but not necessarily will consist of calculated inveigling and persistent importuning" (p. 446), but there is no magic number of requests made on behalf of the police to the accused that will trigger the defence. I would also agree that the scheme must have been for the purpose Estey J. indicated and that the state's responsibility extends to those people who operate on its behalf in an entrapment situation. It is also necessary for the offence to be "instigated, originated or brought about by the police", but this is clearly a minimum standard since in cases where the police merely provide a person with the opportunity to commit an offence, it could be said that the same requirement will be met. Similarly it can be said that in any offence instigated by the police, the offence would not have been committed without their involvement. Taken alone, these requirements are insufficient to determine when police conduct goes beyond what is generally thought to be acceptable in protecting society from crime.

ne peut conclure qu'une personne hypothétique aurait vraisemblablement commis l'infraction dans les mêmes circonstances et où, pourtant, la présence d'autres facteurs amène à conclure que le rôle joué par la police dans l'instigation du crime a dépassé les bornes de l'acceptable. Lorsqu'un tribunal est de cet avis, le simple fait que le modèle d'analyse de la personne hypothétique est inapproprié ne signifie pas que la conduite n'est pas assimilable à un abus de procédure. Chaque cas doit être examiné selon ses propres mérites et en vue de déterminer si les policiers, ne se contentant pas de fournir l'occasion de commettre un crime, se sont lancés dans le domaine de la fabrication d'un comportement criminel. J'insisterais à nouveau à ce stade sur l'observation du juge Estey, qu'il n'est pas possible de dire au départ quels éléments d'un scénario de provocation policière seront décisifs. Néanmoins, il est possible de dire quels facteurs seront pertinents; aussi vais-je tenter d'en énumérer quelques-uns.

Je continue de souscrire à ce qu'a dit le juge Estey, que «l'incitation peut résulter, notamment, de la tromperie, de la fraude, de la supercherie ou d'une récompense, et comportera ordinairement mais pas obligatoirement un piège calculé et des sollicitations répétées» (à la p. 446), mais il n'existe pas un nombre sacramentel de requêtes policières, adressées à l'inculpé, qui fasse jouer automatiquement la défense. Je suis prêt aussi à reconnaître que le plan doit avoir été établi pour les fins que le juge Estey indique et que la responsabilité de l'État s'étend à ceux qui agissent en son nom dans une situation de provocation. Il faut aussi que l'infraction ait été «provoquée, amorcée ou occasionnée par la police»; c'est là manifestement une norme minimale puisque, dans les cas où la police ne fait que fournir la possibilité de commettre une infraction, on peut dire que la même exigence sera respectée. De même, on peut dire qu'une infraction occasionnée par les policiers n'aurait pas été commise sans leur intervention. Prises isolément, ces exigences sont insuffisantes pour permettre de dire quand la conduite de la police dépasse ce que l'on estime généralement acceptable pour protéger la société contre le crime.

In certain cases the police conduct will be offensive because it exploits human characteristics that as a society we feel should be respected. As I noted earlier, if the law enforcement officer or agent appeals to a person's instincts of compassion, sympathy and friendship and uses these qualities of a person to effect the commission of a crime, we may say this is not permissible conduct because it violates individual privacy and the dignity of interpersonal relationships, and condemns behaviour that we want to encourage. (Such appeals may generally indicate that more than a mere opportunity is being provided, although it must be recalled that the police or agents will in the detection of certain crimes have to infiltrate criminal organizations, and thus gain the confidence of the people involved.) Along the same lines, if the police appear to exploit a particular vulnerability of an individual, such as by encouraging one who suffers from a mental handicap to commit a crime, this too may strike us as patently offensive because such a person is in need of protection, and not abuse. Similarly, the inducement of those attempting to recover from drug or alcohol addiction into committing offences relating to those substances may not be proper since the result will be to retard, as opposed to advance, the interest of society in reducing the personal and social costs of drug and alcohol abuse.

In some cases we may find that the degree of police involvement is disproportionate to the crime committed by the accused in so far as it causes more harm than it seeks to catch. In addition, we may be offended by disproportionality in the role played by the police in the criminal activity, as compared with the role played by the person being targeted. In assessing this, the timing of the police involvement, and whether the criminal activity is ongoing, should be considered. Whether the police or their agents themselves commit crimes in the course of efforts to induce another is relevant, but I am not willing to lay down an absolute rule prohibiting the involvement of the state in illegal conduct.

Dans certains cas, la conduite de la police sera offensante parce qu'elle exploite des caractéristiques humaines qu'en tant que société nous voulons voir respectées. Comme je l'ai noté précédemment, si les agents responsables de faire respecter la loi, et ceux qu'ils emploient, font appel aux instincts de compassion, de sympathie et d'amitié d'un individu et se servent de ces qualités de l'individu pour faire commettre un crime, nous pouvons dire que ce n'est pas là une conduite admissible, parce qu'elle viole l'intimité individuelle et la dignité des relations interpersonnelles, et que cela condamne un comportement que nous voulons encourager. (De tels appels peuvent souvent être l'indication que l'on ne se contente pas d'offrir une occasion, bien qu'il faille rappeler que la police ou ses agents devront, pour dépister certains crimes, infiltrer des organisations criminelles et, par conséquent, gagner la confiance de ceux qui y sont impliqués). Dans la même ligne d'idées, s'il arrive que la police exploite une vulnérabilité particulière d'un individu, par exemple en encourageant celui qui souffre d'un handicap mental à commettre un crime, cela aussi nous frappera comme étant manifestement offensant, parce que cette personne a besoin qu'on la protège, non qu'on en abuse. De même, inciter ceux qui tentent d'échapper à une accoutumance à la drogue ou à l'alcool à commettre des infractions liées à ces substances ne convient guère, puisque cela aura pour résultat de combattre, plutôt que de promouvoir, l'intérêt qu'a la société à réduire les coûts sociaux et personnels de l'usage abusif des drogues et de l'alcool.

Dans certains cas, il se peut que nous constatons que l'importance de l'implication de la police est disproportionnée au crime commis par l'inculpé, dans la mesure où elle cause plus de dommage que ne vaut la capture. En outre, la disproportion du rôle joué par la police dans l'activité criminelle, comparée au rôle joué par la personne visée, pourra nous offusquer. Dans cette évaluation, il faut tenir compte du moment où la police intervient et de la contemporanéité de l'activité criminelle. Il est pertinent de savoir si la police ou ses agents eux-mêmes ont commis des crimes dans leur effort pour inciter un tiers à en commettre, mais je ne suis pas prêt à adopter une règle absolue qui interdise à l'État d'être mêlé à une conduite illégale.

Earlier I noted that one indication of impermissible action on the part of the state would be the existence of any threats, implied or express, made to the individual being targeted by inducement techniques. If the strategy used carries the risk of potential harm to third parties, this too should be considered and, absent exceptional circumstances, condemned. A further consideration, if the facts so warrant, would be the extent to which the conduct of the police is directed at undermining other constitutional values, such as legitimate exercises of freedom of thought, belief, opinion and association.

The above description of activity is not intended to be exhaustive in terms of possible situations, or conclusive in the assessment of propriety. It is meant only to illustrate that in any number of situations, the reason why something is "improper" may vary. It cannot be stated that only one reason will be compelling or determinative. The issue of permissibility of police conduct must be considered in light of the totality of the circumstances. It is important to recall at all times the context in which entrapment usually occurs. An understanding of the reality of criminal activity is imperative to the development of a workable doctrine that accommodates the interests of all in society. In this respect, more leeway may be granted to police methods directed at uncovering criminal conduct that is simply not capable of being detected through traditional law enforcement techniques.

Summary

In conclusion, and to summarize, the proper approach to the doctrine of entrapment is that which was articulated by Estey J. in *Amato*, *supra*, and elaborated upon in these reasons. As mentioned and explained earlier there is entrapment when,

- (a) the authorities provide a person with an opportunity to commit an offence without acting on a reasonable suspicion that this person is already engaged in criminal activity or pursuant to a *bona fide* inquiry;

Auparavant, j'ai noté qu'une indication d'une action qu'on ne saurait permettre à l'État serait l'existence de menaces, tacites ou expresses, envers l'individu que visent les techniques d'incitation. Si la stratégie utilisée comporte le risque d'un dommage éventuel à des tiers, il faut aussi en tenir compte et, sauf circonstances exceptionnelles, la condamner. Un autre point qu'il faut considérer, si les faits le justifient, serait la mesure dans laquelle la conduite de la police cherche à miner d'autres valeurs constitutionnelles, tel l'exercice légitime des libertés de pensée, de conscience, d'opinion et d'association.

La description des comportements qui précède ne se veut pas exhaustive, où toutes les situations possibles seraient envisagées, ni décisive, quant à l'évaluation de sa régularité. Elle a pour unique but d'illustrer que, dans tous les cas, quel qu'en soit le nombre, la raison pour laquelle il y a «irrégularité» peut varier. On ne peut dire qu'une seule raison sera concluante ou décisive. La question de l'acceptation de la conduite de la police doit être examinée en fonction de l'ensemble des circonstances. Il importe de rappeler en tout temps le contexte dans lequel la provocation policière se produit habituellement. Comprendre la réalité de l'activité criminelle est impératif pour l'élaboration d'une doctrine fonctionnelle qui serve les intérêts de tous dans la société. À cet égard, on peut accorder plus de latitude aux méthodes policières visant à mettre en lumière une conduite criminelle que les techniques traditionnelles utilisées pour faire respecter la loi ne permettent tout simplement pas de dépister.

Résumé

En conclusion, et pour résumer, la bonne façon d'aborder la doctrine de la provocation policière est celle formulée par le juge Estey dans l'arrêt *Amato*, précité, et précisée dans les présents motifs. Comme je l'ai mentionné et expliqué précédemment, il y a provocation policière quand:

- a) les autorités fournissent à une personne l'occasion de commettre une infraction sans pouvoir raisonnablement soupçonner que cette personne est déjà engagée dans une activité criminelle, ni se fonder sur une véritable enquête;

(b) although having such a reasonable suspicion or acting in the course of a *bona fide* inquiry, they go beyond providing an opportunity and induce the commission of an offence.

It is neither useful nor wise to state in the abstract what elements are necessary to prove an entrapment allegation. It is, however, essential that the factors relied on by a court relate to the underlying reasons for the recognition of the doctrine in the first place.

Since I am of the view that the doctrine of entrapment is not dependant upon culpability, the focus should not be on the effect of the police conduct on the accused's state of mind. Instead, it is my opinion that as far as possible an objective assessment of the conduct of the police and their agents is required. The predisposition, or the past, present or suspected criminal activity of the accused, is relevant only as a part of the determination of whether the provision of an opportunity by the authorities to the accused to commit the offence was justifiable. Further, there must be sufficient connection between the past conduct of the accused and the provision of an opportunity, since otherwise the police suspicion will not be reasonable. While predisposition of the accused is, though not conclusive, of some relevance in assessing the initial approach by the police of a person with the offer of an opportunity to commit an offence, it is never relevant as regards whether they went beyond an offer, since that is to be assessed with regard to what the average non-predisposed person would have done.

The absence of a reasonable suspicion or a *bona fide* inquiry is significant in assessing the police conduct because of the risk that the police will attract people who would not otherwise have any involvement in a crime and because it is not a proper use of the police power to simply go out and test the virtue of people on a random basis. The presence of reasonable suspicion or the mere existence of a *bona fide* inquiry will, however, never justify entrapment techniques: the police may not go beyond providing an opportunity regardless of their perception of the accused's character and regardless of the existence of an honest inquiry. To

b) quoi qu'elles aient ce soupçon raisonnable ou qu'elles agissent au cours d'une véritable enquête, les autorités font plus que fournir une occasion et incitent à perpétrer une infraction.

^a Il n'est ni utile ni sage de dire dans l'abstrait quels éléments sont nécessaires pour prouver une allégation de provocation policière. Il est cependant essentiel que les facteurs sur lesquels s'appuie un tribunal soient reliés aux raisons sous-jacentes de la reconnaissance de la doctrine en premier lieu.

Comme je suis d'avis que la doctrine de la provocation policière ne dépend pas de la culpabilité, il ne faut pas axer l'analyse sur l'effet de la conduite de la police sur l'état d'esprit de l'inculpé. Plutôt, j'estime qu'autant que possible il faut effectuer une évaluation objective de la conduite de la police et de ses agents. La prédisposition, ou l'activité criminelle passée, présente ou soupçonnée de l'inculpé ne sont pertinentes qu'à titre d'éléments permettant de déterminer si l'occasion de commettre l'infraction fournie par les autorités à l'inculpé est justifiable. En outre, il doit y avoir un rapport suffisant entre la conduite passée de l'inculpé et l'occasion offerte puisque, autrement, le soupçon de la police ne serait pas raisonnable. Quoique, sans être concluante, la prédisposition de l'accusé ait une certaine pertinence relativement à l'évaluation de la façon dont la police a initialement abordé une personne en lui offrant une occasion de commettre une infraction, elle n'est jamais pertinente pour déterminer si elle est allée au-delà d'une offre, puisqu'il faut l'évaluer en fonction de ce que la personne ordinaire sans prédisposition aurait fait.

L'absence de soupçon raisonnable ou de véritable enquête est significative pour évaluer la conduite de la police, en raison du danger que cette dernière n'entraîne des gens qui autrement n'auraient été impliqués dans aucun crime, et parce qu'on ne doit pas avoir recours à la force policière simplement pour éprouver au hasard la vertu des gens. Cependant, la présence d'un soupçon raisonnable ou la simple existence d'une véritable enquête ne justifiera jamais les techniques de provocation policière: les forces policières ne doivent jamais faire autre chose que d'offrir une occasion, indépendamment de leur perception de la moralité

determine whether the police have employed means which go further than providing an opportunity, it is useful to consider any or all of the following factors:

- the type of crime being investigated and the availability of other techniques for the police detection of its commission;
- whether an average person, with both strengths and weaknesses, in the position of the accused would be induced into the commission of a crime;
- the persistence and number of attempts made by the police before the accused agreed to committing the offence;
- the type of inducement used by the police including: deceit, fraud, trickery or reward;
- the timing of the police conduct, in particular whether the police have instigated the offence or became involved in ongoing criminal activity;
- whether the police conduct involves an exploitation of human characteristics such as the emotions of compassion, sympathy and friendship;
- whether the police appear to have exploited a particular vulnerability of a person such as a mental handicap or a substance addiction;
- the proportionality between the police involvement, as compared to the accused, including an assessment of the degree of harm caused or risked by the police, as compared to the accused, and the commission of any illegal acts by the police themselves;
- the existence of any threats, implied or express, made to the accused by the police or their agents;
- whether the police conduct is directed at undermining other constitutional values.

This list is not exhaustive, but I hope it contributes to the elaboration of a structure for the application of the entrapment doctrine. Thus far, I have not referred to the requirement in *Amato, supra, per Estey J.*, that the conduct must, in all the circumstances, be shocking or outrageous. I am of the view that this is a factor which is best considered under the procedural issues to which I will now turn.

de l'inculpé et de l'existence d'une enquête honnête. Pour décider si la police a employé des moyens qui semblent dépasser l'offre simple d'une occasion, il est utile de considérer les facteurs ^a suivants, individuellement ou collectivement:

- le genre de crime qui fait l'objet de l'investigation et la disponibilité d'autres techniques pour la détection par la police de sa perpétration;
- ^b - si l'individu moyen, avec ses points forts et ses faiblesses, dans la situation de l'inculpé, aurait été incité à commettre un crime;
- la persistance et le nombre de tentatives faites par la police avant que l'inculpé n'accepte de commettre une infraction;
- ^c - le genre d'incitations utilisées par la police, y inclus: la tromperie, la fraude, la supercherie ou la récompense;
- le moment où se situe la démarche de la police, en particulier si la police a déjà fait enquête au sujet de l'infraction ou si elle intervient alors que l'activité criminelle est en cours;
- ^d - si la démarche de la police présuppose l'exploitation d'émotions humaines, telles la compassion, la sympathie et l'amitié;
- ^e - si la police paraît avoir exploité une vulnérabilité particulière d'une personne, comme un handicap mental ou l'accoutumance à une substance particulière;
- ^f - la proportionnalité de l'implication de la police, comparée à celle de l'inculpé, y compris une évaluation du degré du dommage causé ou risqué par la police, en comparaison de celui de l'inculpé, et la perpétration de tout acte illégal par les policiers eux-mêmes;
- ^g - l'existence de menaces, tacites ou expresses, proférées envers l'inculpé par la police ou ses agents;
- si la conduite de la police cherche à saper d'autres valeurs constitutionnelles.

^h Cette énumération n'est pas exhaustive, mais j'espère qu'elle contribuera à l'élaboration d'un schéma d'application de la doctrine de la provocation policière. Jusqu'à maintenant, je n'ai pas fait mention de l'exigence, que l'on retrouve dans les motifs du juge Estey dans l'arrêt *Amato*, précité, que la conduite doit avoir été, dans tous les cas, révoltante voire scandaleuse. Je suis d'avis que ⁱ c'est là un facteur qu'il vaut mieux examiner au ^j chapitre des questions de procédure, vers lesquelles je me tourne maintenant.

Procedural Issues

The resolution of the issues surrounding the manner in which an entrapment claim should be considered at trial is, in my view, entirely dependent upon the conceptual basis for the defence, outlined earlier. If I were of the opinion that there was a substantive or culpability-based defence of entrapment, I would readily come to the conclusion that the defence raised a question of fact, which should be decided by a jury when there is a sufficient evidentiary basis on which to raise the defence, and I would hold that the onus would rest on the Crown to disprove the existence of entrapment beyond a reasonable doubt. Having come to the opposite viewpoint on the rationale for recognizing the doctrine of entrapment, I am not persuaded that the adoption of rules which historically, and by virtue of the *Charter*, conform to most substantive defences is either necessary or correct. It seems to me, however, that this Court must be clear on how an entrapment claim is to be handled, as a brief review of some lower court decisions suggests that there is, at present, and understandably so, a great deal of confusion on the matter.

A: Who Decides: Judge or Jury?

Both the appellant and respondent agree that objective entrapment, involving police misconduct and not the accused's state of mind, is a question to be decided by the trial judge, and that the proper remedy is a stay of proceedings. I too am of this view. The question of unlawful involvement by the state in the instigation of criminal conduct is one of law, or mixed law and fact. In *Jewitt*, *supra*, in a passage cited previously, Dickson C.J. expressed this opinion (at p. 145): "Staying proceedings on the basis of abuse of process, and in particular, on the basis of the defence of entrapment, in my view, amounts to a decision on a complex question of law and fact". Along the same lines is the observation of Estey J. in *Amato*, *supra*, at p. 448:

Les questions de procédure

La solution des questions entourant la manière dont une prétention de provocation policière doit être examinée au procès dépend entièrement, à mon avis, du fondement conceptuel de la défense, énoncé précédemment. Si je devais être d'opinion que la provocation policière est un moyen de défense au fond ou, en d'autres mots, touchant à la culpabilité de l'accusé, j'en conclurais aussitôt que la défense soulève une question de fait que doit apprécier le jury quand il y a un fondement probatoire suffisant pour faire valoir la défense, et je dirais que c'est au ministère public que revient la charge de réfuter l'assertion de provocation policière hors de tout doute raisonnable. Étant arrivé au point de vue opposé sur la raison de la reconnaissance de la doctrine de la provocation policière, je ne suis pas convaincu que l'adoption de règles qui, historiquement et en vertu de la *Charte*, sont conformes à la plupart des moyens de défense au fond, soit nécessaire ni fondée. Il me semble cependant que cette Cour doit être claire sur la façon de traiter une allégation de provocation policière, puisqu'un bref examen de certaines décisions d'instances inférieures porte à croire qu'il y a présentement, et c'est compréhensible, beaucoup de confusion à ce sujet.

A: Qui décide: le juge ou le jury?

Tant l'appelant que l'intimée conviennent que la provocation policière objective, mettant en cause une conduite irrégulière de la police et non l'état d'esprit de l'inculpé, est une question qui relève du juge du procès et que le recours approprié est la suspension d'instance. Je suis aussi de cet avis. La question de l'implication illicite de l'État dans l'instigation d'une conduite criminelle est une question de droit ou une question mixte de droit et de fait. Dans l'arrêt *Jewitt*, précité, dans un passage mentionné précédemment, le juge en chef Dickson exprime cette opinion (à la p. 145): «La suspension d'instance fondée sur l'abus de procédure et en particulier sur la provocation policière invoquée comme moyen de défense équivaut, à mon avis, à une décision portant sur une question complexe de droit et de fait». Dans le même ordre d'idées, il y a l'observation du juge Estey dans l'arrêt *Amato*, précité, à la p. 448:

The realization of an abuse of the judicial branch is a question essentially of law or law and political science and one not by its nature ordinarily assigned to the jury component of the trial courtroom.

Estey J.'s statement is also supportive of the view that a judge should decide the issue. Some courts have, however, concluded that the defence of entrapment raises a question of fact to be decided by a jury. In *R. v. Baxter* (1983), 9 C.C.C. (3d) 555, [1983] C.A. 412 [hereinafter cited to C.C.C.], a majority of the Quebec Court of Appeal were of the view that the defence of entrapment was a matter for the jury. In separate opinions both Nolan and Beauregard J.J.A. relied on the following comment of Laskin C.J. in *Kirzner*, *supra*, at p. 498:

There is the further problem arising in jury trials whether entrapment should be dealt with by judges alone, or should involve the jury as a trier of fact. The Model Penal Code takes the position that the issue of entrapment should be tried by the Court in the absence of the jury: s. 2.13(2). The jury would not be excluded on the subjective test since, if there was evidence of entrapment, it would be for the jury to determine if there was entrapment in fact and if there was predisposition in the accused. This is consistent with Canadian practice in respect of factual issues in a trial with a jury, which is to limit the judge to a determination of whether there is evidence to go to the jury and to leave it to the jury to act on its view of the evidence once the issue is left to them.

It must be recalled, however, that Laskin C.J. concurred in Estey J.'s opinion in *Amato*, *supra*. In this passage he seems to be discussing what would be the role of a jury if entrapment were a substantive defence. Beauregard J.A. in *Baxter*, *supra*, also noted that Wong Co. Ct. J. in *Jewitt*, *supra*, had held that the issue of entrapment should go to the jury, and Beauregard J.A. expressly disagreed with Anderson J.A. who, on the appeal in *Jewitt* before the British Columbia Court of Appeal, was of the opinion that the defence of entrapment should be dealt with by the trial judge (*Baxter*, *supra*, at p. 561).

La constatation d'un abus de procédures judiciaires est essentiellement une question de droit ou de droit et de science politique et n'est pas, par essence, une question qui est ordinairement soumise au jury appelé à siéger.

^a L'affirmation du juge Estey appuie aussi l'opinion que c'est à un juge de décider de la question. Certains tribunaux ont cependant conclu que la défense de provocation policière soulève une question de fait, à être appréciée par le jury. Dans l'arrêt *R. v. Baxter*, [1983] C.A. 412, 9 C.C.C. (3d) 555 [ci-après cité à C.A.], la Cour d'appel du Québec à la majorité a été d'avis que la défense de provocation policière était une question à soumettre au jury. Dans des opinions distinctes, tant les juges Nolan que Beauregard se sont appuyés sur le commentaire suivant du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Kirzner*, précité, à la p. 498:

^d Les procès par jury soulèvent un autre problème, savoir si le juge seul doit se prononcer sur la provocation policière ou si le jury, à titre de juge des faits, doit le faire. Le *Model Penal Code* prévoit que le tribunal doit statuer sur la question de la provocation policière en l'absence du jury: par. 2.13(2). Si l'on adopte l'approche subjective, le jury ne sera pas exclu puisque, s'il y a preuve de provocation policière et si l'accusé avait une propension à commettre l'infraction. Ceci est compatible avec la pratique canadienne relative aux questions de faits dans un procès par jury: le juge décide seulement si une preuve doit être soumise au jury et il laisse aux jurés l'appréciation de la preuve une fois que la question est entre leurs mains.

^g Il faut se rappeler toutefois que le juge en chef Laskin a souscrit à l'avis du juge Estey dans l'arrêt *Amato*, précité. Dans ce passage, il semble débattre du rôle éventuel du jury si la provocation policière était une défense au fond. Le juge Beauregard, dans l'affaire *Baxter*, précitée, note aussi que le juge Wong de la Cour de comté, dans l'affaire *Jewitt*, précitée, a conclu que la question de la provocation policière doit être appréciée par le jury; aussi le juge Beauregard se dit-il expressément en désaccord avec le juge Anderson qui, dans l'affaire *Jewitt*, alors en appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, a été d'avis que c'est le juge du procès qui doit traiter de la défense de provocation policière (*Baxter*, précité, à la p. 414).

In a dissenting opinion, Vallerand J.A. declined to rule conclusively on the appropriateness of a jury deciding the issue as he held that on the facts the issue should not be considered by the jury. He clearly had some reservations about such a jury process, however, given the conceptual basis for recognition of the defence as outlined by Estey J. in *Amato, supra*, (*Baxter, supra*, at pp. 563-64). Later in his reasons he made the following comment at p. 571:

... is necessary that clear limits be established with respect to initiatives taken by the police forces without which they would find themselves in a state of anarchy or paralysis. Naturally, it is in the law as interpreted and applied by the courts that the police officers will seek their directions. That being so, it would be poorly conceived if it were left to the will—and this is said with all respect for the institution and proper purposes that it serves so well—the changing and undeterminable will of the jury, the care of setting the limits on the work of investigation and detection by the police.

Baxter, supra, was followed in *R. v. Gingras* (1987), 61 C.R. (3d) 361, by Boilard J. of the Quebec Superior Court, albeit with some variations. In *Gingras, supra*, it was held that the entrapment issue is one of fact to be decided by a jury. If the jury returns a verdict of guilty it can then consider whether the accused has demonstrated on balance of probabilities whether there was entrapment. If the jury comes to this conclusion and returns a verdict of guilty with entrapment, the accused then must satisfy a judge, again on a balance of probabilities, that the Crown by its abuse of process is disentitled to a conviction. In the particular case the jury returned a verdict of guilty with entrapment, but the judge decided the entrapment was not so “shocking” in the eyes of a reasonable person to preclude the entry of a conviction.

An opposite procedure was advocated by Rice J.A. in his concurring opinion in *R. v. Dionne* (1987), 79 N.B.R. (2d) 297 (C.A.) He was of the opinion that regardless of whether the issue of entrapment arises because of abuse of process,

Dans une opinion dissidente, le juge Vallerand refuse de juger définitivement s'il convient de laisser le jury décider de la question, parce qu'il conclut que, d'après les faits en cause, le jury ne devrait pas être saisi de la question. Manifestement toutefois, il a des réserves quand il s'agit de procéder ainsi par jury, étant donné le fondement conceptuel de la reconnaissance de la défense donné par le juge Estey dans l'arrêt *Amato*, précité (*Baxter*, précité, à la p. 417). Plus loin dans ses motifs, il fait le commentaire suivant (à la p. 420):

Il faut des bornes claires aux initiatives des services de police sans lesquelles ils se retrouveront dans un régime d'anarchie ou alors de paralysie. C'est, bien sûr, dans la loi telle qu'interprétée et appliquée par les Tribunaux que les policiers viendront chercher leurs directives. Cela étant, on conçoit mal qu'on veuille laisser au gré—soit dit avec tous égards pour l'institution et ses fins propres qu'elle sert bien—inconstant et insondable des jurys le soin de poser les bornes du travail d'enquête et de dépistage de la police.

L'arrêt *Baxter*, précité, a été suivi dans l'affaire *R. v. Gingras* (1987), 61 C.R. (3d) 361, par le juge Boilard de la Cour supérieure du Québec, avec quelques variantes il est vrai. Dans l'affaire *Gingras*, précitée, on a jugé que la question de la provocation policière était une question de fait, à laisser à l'appréciation du jury. Si le jury rend un verdict de culpabilité, il peut alors apprécier si l'inculpé a démontré, par prépondérance des probabilités, qu'il y a eu provocation policière. Si le jury arrive à cette conclusion et rend un verdict de culpabilité avec provocation policière, l'inculpé doit alors convaincre le juge, à nouveau par prépondérance des probabilités, que le ministère public, vu l'abus de procédure, n'a pas droit à une déclaration de culpabilité. En l'espèce, le jury a rendu un verdict de culpabilité avec provocation policière, mais le juge a décidé que la provocation n'était pas, aux yeux d'une personne raisonnable, «révoltante» au point d'interdire de prononcer une déclaration de culpabilité.

Le juge Rice favorise une procédure inverse dans son opinion concordante dans l'arrêt *R. c. Dionne* (1987), 79 R.N.-B. (2^e) 297 (C.A.) Il est d'avis qu'indépendamment de savoir si la question de la provocation policière se pose à cause de

exclusion of evidence under s. 24(2) following a violation of a *Charter* right, or under the doctrine of criminal intention, the [TRANSLATION] “basic and deciding issue . . . is the accused’s state of mind” (at p. 322). In his view, the trial judge must first decide whether a stay should issue because of an abuse of process or whether evidence should be excluded under s. 24(2) and if he or she concludes that neither of these claims is made out, the jury must then decide if, on the facts, the accused had the necessary *mens rea* to commit the offence. The separate opinion of Angers J.A. in this case also supports a jury determination in situations where the police conduct, although not giving rise to exclusion of evidence or a stay of proceedings, has the effect of negating the *mens rea* because the “influence” of the police conduct on the accused makes the [TRANSLATION] “act with which the accused is charged . . . one of submission, devoid of any criminal intent” (at p. 321).

Supporting the view that a judge should decide is the decision of the Court of Appeal in the present case, referred to earlier. Further, Tallis J.A. (Cameron J.A. concurring) in *R. v. Mistra* (1986), 32 C.C.C. (3d) 97 (Sask. C.A.), at p. 122, appears to have approved the decision of the British Columbia Court of Appeal in the present case and in *R. v. Showman*, (unreported). In *Jewitt*, *supra*, at the level of the Court of Appeal, Anderson J.A. gave four reasons for his conclusion that the issue of entrapment is one to be decided by a trial judge (*supra*, at pp. 219-20). I am in complete agreement with the first and the fourth of these reasons. Anderson J.A. began by observing, at p. 219:

. . . the courts have always been the masters of their own process and it is for the courts alone to determine whether there has been an abuse of process. All issues relating to abuse of process require a factual determination but it does not follow that such a determination should be made by a jury.

And he concluded at p. 220:

. . . as a matter of policy, the issue of entrapment should be left to the courts so that standards and guidelines

l’abus de procédure, de l’exclusion d’éléments de preuve en vertu du par. 24(2) par suite d’une violation d’un droit garanti par la *Charte* ou en vertu de la doctrine de l’intention criminelle, la «question fondamentale et déterminante [. . .] est l’état d’esprit qui animait l’accusé» (à la p. 322). À son avis, le juge du procès doit d’abord décider si une suspension devrait être prononcée pour cause d’abus de procédure ou si la preuve devrait être écartée en vertu du par. 24(2), et s’il conclut qu’aucune de ces prétentions n’est démontrée, le jury doit alors décider si, d’après les faits en cause, l’inculpé avait la *mens rea* nécessaire pour commettre une infraction. L’opinion distincte du juge Angers dans cette affaire est aussi favorable à une appréciation par le jury des situations où la conduite de la police, bien qu’il ne donne pas lieu à une exclusion de preuve ou à une suspension d’instance, a pour effet de nier l’existence de la *mens rea*, parce que «l’influence» qu’il a exercée sur l’inculpé rend «l’acte que l’on reproche à l’accusé [. . .] un [acte] de soumission, dépourvu d’intention criminelle» (à la p. 321).

À l’appui de l’opinion que c’est un juge qui devrait décider, il y a l’arrêt de la Cour d’appel en l’espèce, mentionné précédemment. De plus, le juge Tallis (à l’avis duquel souscrit le juge Cameron), dans l’arrêt *R. v. Mistra* (1986), 32 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Sask.), à la p. 122, paraît avoir approuvé les décisions de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique en l’espèce et dans l’arrêt *R. v. Showman*, (inédit). Dans l’arrêt *Jewitt*, précité, en Cour d’appel, le juge Anderson avance quatre motifs pour soutenir sa conclusion que la question de la provocation policière doit être tranchée par le juge du procès (précité, aux pp. 219 et 220). Je suis en accord complet avec le premier et le quatrième de ces motifs. Le juge Anderson commence par faire observer, à la p. 219:

[TRADUCTION] . . . les tribunaux ont toujours été maîtres de leur propre procédure et c’est aux tribunaux seuls qu’il appartient de décider s’il y a abus de procédure. Toutes les questions relatives à l’abus de procédure exigent une décision sur les faits, mais il ne s’ensuit pas que cela doive être fait par le jury.

Et il conclut, à la p. 220:

[TRADUCTION] . . . s’agissant de la politique à adopter, la question de la provocation policière devrait être laissée

may be established by case law. Such a development will be impossible if issues of entrapment are left to juries.

Anderson J.A. made reference to potential prejudice arising should the issue go to the jury, for the jury may find the accused guilty because of the accused's criminal record or bad reputation (citing Frankfurter J. in *Sherman, supra*, at p. 382). I am not concerned by this for two reasons: firstly, as I noted earlier, in most cases the accused will have committed the offence and his or her guilt is not in issue; secondly, in my view the past criminal conduct of the accused is not relevant to the analysis, except where it relates to the reasonable suspicions of the police. The last point made by Anderson J.A. was that an accused could ask for evidence to be excluded by a trial judge under s. 24(2) of the *Charter* because of entrapment, and be denied that request and yet, in the same case, a jury may find that the police conduct brought the administration of justice into disrepute. He felt that such a result should be avoided. I prefer to express no opinion in this case on the propriety of a s. 24(2) application to exclude evidence because of entrapment. I am, however, of the view that the reasons which support a judicial determination of applications under s. 24(2) for the exclusion of evidence are equally relevant to the present discussion.

This Court has held that the determination of whether the admission of evidence obtained in violation of a *Charter* right would bring the administration of justice into disrepute is one which should be made by a trial judge (*R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, *per* Le Dain J., at p. 653). In articulating how a trial judge should engage him or herself in that analysis, I stated in *Collins, supra*, that a judge should consider the question from the perspective of a reasonable person, "dispassionate and fully apprised of all the circumstances", and I commented that "The reasonable person is usually the average person in

sée aux tribunaux, de sorte que des normes et des directives puissent être établies par la jurisprudence. Un tel développement sera impossible si les questions entourant la provocation policière sont laissées à l'appréciation du jury.

Le juge Anderson mentionne le préjudice potentiel qui peut découler de l'appréciation de la question par le jury, car le jury peut juger l'inculpé coupable à cause de son casier judiciaire ou de sa mauvaise réputation (il cite le juge Frankfurter, dans l'arrêt *Sherman*, précité, à la p. 382). Cela ne m'inquiète guère pour deux raisons: premièrement, comme je l'ai noté précédemment, dans la plupart des cas, l'inculpé aura commis l'infraction et sa culpabilité ne sera plus en cause; en second lieu, à mon avis, le passé criminel de l'inculpé n'a aucune pertinence pour l'analyse, excepté en rapport avec les soupçons raisonnables de la police. Le dernier point que fait valoir le juge Anderson est qu'un inculpé peut demander au juge du procès d'écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, pour cause de provocation policière, voir sa requête rejetée et néanmoins, dans la même affaire, un jury peut constater que la conduite de la police déconsidère l'administration de la justice. Il pense qu'il faut éviter une telle situation. Je préfère n'exprimer aucune opinion en l'espèce sur le bien-fondé d'une demande fondée sur le par. 24(2) visant l'exclusion d'éléments de preuve pour cause de provocation policière. Je suis cependant d'avis que les raisons qui militent en faveur d'une décision judiciaire dans le cas des demandes fondées sur le par. 24(2) visant l'exclusion de la preuve sont également pertinentes dans le présent débat.

Cette Cour a jugé qu'il appartient au juge du procès de statuer sur l'éventualité que l'admission de preuves réunies en violation d'un droit garanti par la *Charte* déconsidère l'administration de la justice (*R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, le juge Le Dain, à la p. 653). En formulant comment le juge du procès doit procéder à cette analyse, j'ai dit, dans l'arrêt *Collins*, précité, qu'un juge doit considérer la question dans la perspective d'une personne raisonnable, «objecti[ve] et bien informé[e] de toutes les circonstances» et j'ai ajouté en commentaire que «La personne raisonnable est habituellement la personne moyenne dans la

the community but only when that community's current mood is reasonable" (*supra*, at p. 282). The issue there, as here, is maintaining respect for the values which, over the long term, hold the community together. One of those very fundamental values is the preservation of the purity of the administration of justice. In my opinion a judge is particularly well suited to make this determination and this finding should be guided by the above quoted comments from *Collins, supra*. Further, as noted by Anderson J.A. in *Jewitt, supra*, and commented on by Vallerand J.A. in *Baxter, supra*, if one of the advantages of allowing claims of entrapment is the development of standards of conduct on the part of the state, it is essential that decisions on entrapment, and those allowing the claim especially, be carefully explained so as to provide future guidance; this is not something the jury process lends itself to. Accordingly, I am of the firm opinion that the issue of entrapment should be resolved by the trial judge for policy reasons.

Finally, I am of the view that before a judge considers whether a stay of proceedings lies because of entrapment, it must be absolutely clear that the Crown had discharged its burden of proving beyond a reasonable doubt that the accused had committed all the essential elements of the offence. If this is not clear and there is a jury, the guilt or innocence of the accused must be determined apart from evidence which is relevant only to the issue of entrapment. This protects the right of an accused to an acquittal where the circumstances so warrant. If the jury decides the accused has committed all of the elements of the crime, it is then open to the judge to stay the proceedings because of entrapment by refusing to register a conviction. It is not necessary nor advisable in this case to expand on the details of procedure. Because the guilt or innocence of the accused is not in issue at the time an entrapment claim is to be decided, the right of an accused to the benefit

société, mais uniquement lorsque l'humeur courante de la société est raisonnable» (précité, à la p. 282). La question qui se posait alors, comme elle se pose ici, c'est celle de préserver le respect des valeurs qui, à long terme, assurent la cohésion de la société. L'une de ces valeurs les plus fondamentales est la préservation de l'intégrité de l'administration de la justice. À mon avis, c'est le juge qui est particulièrement en mesure de prendre cette décision et celle-ci doit être guidée par les commentaires précédemment cités, tirés de l'arrêt *Collins*, précité. En outre, comme le note le juge Anderson dans l'arrêt *Jewitt*, précité, note commentée par le juge Vallerand dans l'arrêt *Baxter*, précité, si la reconnaissance de la provocation policière a parmi d'autres avantages celui de l'élaboration de normes de comportement pour l'État, il est essentiel que les décisions en matière de provocation policière, particulièrement celles qui accueillent le moyen de défense, soient soigneusement expliquées, afin de servir de guide à l'avenir; le recours au jury ne se prête guère à cela. Par conséquent, j'ai la ferme opinion que la question de la provocation policière doit être résolue par le juge du procès, parce que c'est là une bonne politique.

Enfin, je suis d'avis qu'avant qu'un juge se demande s'il y a lieu à suspension d'instance pour cause de provocation policière, il doit être absolument clair que le ministère public s'est déchargé de son fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable que l'inculpé a commis tous les éléments essentiels de l'infraction. Si cela n'est pas clair et qu'il y ait un jury, la culpabilité ou l'innocence de l'inculpé doit être établie indépendamment de la preuve qui ne porte que sur la question de la provocation policière. Cela protège le droit de l'inculpé à un acquittement lorsque les circonstances le justifient. Si le jury décide que l'inculpé a commis tous les éléments du crime, il est libre alors au juge de suspendre l'instance pour cause de provocation policière, en refusant de prononcer une déclaration de culpabilité. Il n'est pas nécessaire ni avisé en l'espèce d'aller plus à fond dans les détails de la procédure. Comme la culpabilité ou l'innocence de l'inculpé n'est pas en cause au moment où il est statué sur la prétention de provocation policière, le droit de l'inculpé à un procès

of a jury trial in s. 11(f) of the *Charter* is in no way infringed.

B: Who Bears the Burden of Proof and on What Standard?

In *Baxter, supra*, Beauregard J.A., although holding that the issue of entrapment should be resolved by the jury, was not willing to conclude that the onus lay on the Crown to disprove entrapment beyond a reasonable doubt. He stated in this respect, at p. 561:

... as Mr. Justice Estey pointed out in *Amato*, entrapment does not really constitute a defence in the classical sense of the word. When it considers whether there has been entrapment or not, the jury does not determine whether the accused is guilty or innocent but it scrutinizes the conduct of the police to determine whether the police abused their power and therefore whether the Crown thereby commits an abuse of process. I would accept with difficulty the proposition that the Crown can be prevented from prosecuting a case where the abuse attributed to it was not established on the balance of probabilities.

In *Gingras, supra*, wherein a two-stage process involving the jury and then a judge was adopted, at both stages the onus was on the accused to prove entrapment or abuse of process on a balance of probabilities. In a very recent decision allowing a Crown appeal from an acquittal, the Court of Appeal for the Northwest Territories came to the conclusion, which had been accepted by both counsel, that the trial judge had applied the wrong test in holding that the onus lay on the Crown to prove beyond a reasonable doubt that entrapment had not occurred (*R. v. Ashoona*, unreported, January 19, 1988, reversing (1987), 38 C.C.C. (3d) 163 (N.W.T.S.C.)) Laycraft C.J., on behalf of himself, Stratton and Côté J.J.A., in delivering judgment from the bench and ordering a new trial stated: "It was not for the Crown to show beyond a reasonable doubt that there was not entrapment. Rather, it was for the accused to show on a balance of probabilities the facts leading to that finding".

par jury garanti par l'al. 11f) de la *Charte* n'est en aucune manière enfreint.

B: À qui revient la charge de la preuve et quelle est sa norme?

Dans l'arrêt *Baxter*, précité, le juge Beauregard, tout en décidant que la question de la provocation policière doit être résolue par le jury, n'est pas prêt à conclure que c'est au ministère public que revient la charge de prouver hors de tout doute raisonnable qu'il n'y a pas eu provocation policière. Il dit à cet égard à la p. 414:

... comme l'a montré monsieur le juge Estey dans *Amato*, la provocation policière ne constitue pas réellement une défense au sens classique du mot. Lorsqu'il étudie s'il y a eu provocation policière, le jury ne détermine pas si l'accusé est coupable ou innocent mais il scrute la conduite de la police pour déterminer si celle-ci a commis un abus de pouvoirs et si partant le ministère public commet un abus de procédures. J'accepterais difficilement que le ministère public puisse être empêché de poursuivre une affaire à moins que l'abus qu'on lui impute ne soit établi par une preuve prépondérante.

Dans l'affaire *Gingras*, précitée, bien qu'une procédure en deux étapes, mettant en scène le jury puis le juge, ait été adoptée, à l'un comme à l'autre stade, c'est à l'inculpé qu'est revenue la charge de prouver la provocation policière ou l'abus de procédure, par prépondérance des probabilités. Dans un arrêt fort récent, qui accueille l'appel formé par le ministère public contre un acquittement, la Cour d'appel des territoires du Nord-Ouest est arrivée à la conclusion, acceptée par les avocats des deux parties, que le juge du procès n'avait pas appliqué le bon critère en décidant que c'est au ministère public que revenait la charge de prouver hors de tout doute raisonnable qu'il n'y avait pas eu provocation policière (*R. v. Ashoona*, inédit, 19 janvier 1988, inf. (1987), 38 C.C.C. (3d) 163 (C.S.T.N.-O.)) Le juge en chef Laycraft, en son nom et en celui des juges Stratton et Côté, dans un arrêt prononcé oralement et ordonnant un nouveau procès, dit: [TRADUCTION] «Ce n'est pas au ministère public que revient la charge de démontrer hors de tout doute raisonnable qu'il n'y a pas eu provocation policière. Plutôt, c'est à l'inculpé de démontrer, par prépondérance des probabilités, les faits qui entraînent cette constatation.»

The Manitoba Court of Appeal appears to have left the issue open in its recent decision in *R. v. Biddulph* (1987), 34 C.C.C. (3d) 544. In that case the trial judge had entered an acquittal, and according to the Court of Appeal, since the accused had admitted facts consistent only with the commission of the crime, the only basis for the acquittal could be that the trial judge was not satisfied that there was an absence of entrapment. The Court of Appeal (O'Sullivan, Huband and Twaddle J.J.A.) entered a verdict of guilty because the facts did not, in their view, support the claim of entrapment. With respect to the question of the onus and standard of proof, Twaddle J.A., delivering judgment on behalf of the court, stated rather ambiguously at p. 546:

The Crown does not have to disprove entrapment when there is no evidence that the accused was entrapped. There is an evidentiary burden on the accused to show, at least, that there were circumstances from which entrapment might be inferred. Laskin C.J.C. . . . [in *Kirzner, supra*, at p. 501] appears to have been of the view that the onus is on an accused person to establish entrapment by a preponderance of evidence . . . but it is unnecessary for me to go that far in this case.

This comment of Laskin C.J. referred to above appears in the following passage from his reasons in *Kirzner, supra*, at p. 501:

I do not think that the evidence is open to such a view. Although the trial judge's charge is confusing on what is meant by entrapment, the accused cannot complain of the withdrawal of entrapment as a defence (assuming it to be a defence, if established by a preponderance of evidence) if there was no evidence upon which it could be based. [Emphasis added.]

In *Jewitt, supra*, Anderson J.A. was of the view that the accused should not bear the onus of proof on a balance of probabilities. His reasons for so holding are set out in the following passage from his judgment, at pp. 220-21:

With respect to the onus of proof, I am of the opinion that the accused should not be required to establish the defence of entrapment by a preponderance of evidence. The Crown is not, as suggested by counsel, required to prove a negative. The accused has the evidentiary

La Cour d'appel du Manitoba paraît avoir laissé la question entière dans son arrêt récent *R. v. Biddulph* (1987), 34 C.C.C. (3d) 544. Dans cette affaire, le juge du procès avait prononcé un acquittement et, d'après la Cour d'appel, comme l'inculpé avait reconnu des faits compatibles uniquement avec la perpétration du crime, le seul fondement de l'acquittement ne pouvait être que le juge du procès n'était pas convaincu de l'absence de provocation policière. La Cour d'appel (les juges O'Sullivan, Huband et Twaddle) a rendu un verdict de culpabilité parce que les faits, à leur avis, n'étaient pas la prétention de provocation policière. Au sujet de la question de la charge et de la norme de preuve, le juge Twaddle, qui a prononcé l'arrêt de la cour, dit non sans ambiguïté à la p. 546:

[TRADUCTION] Le ministère public n'a pas à prouver l'inexistence d'une provocation policière lorsqu'il n'y a aucune preuve que l'inculpé ait pu être provoqué. Il y a une charge de présentation revenant à l'inculpé, qui doit démontrer, à tout le moins, qu'il y a eu des circonstances desquelles on pourrait déduire la provocation policière. Le juge en chef Laskin [. . .] [dans l'arrêt *Kirzner*, précité, à la p. 501] paraît avoir été d'avis que la charge revient à la personne inculpée, qui doit démontrer la provocation policière par prépondérance de preuve [. . .] mais il n'est pas nécessaire d'aller aussi loin en l'espèce.

Ce commentaire du juge en chef Laskin qui vient d'être mentionné se trouve dans le passage suivant de ses motifs dans l'arrêt *Kirzner*, précité, à la p. 501:

Je ne pense pas que la preuve justifie cette prétention. Dans son exposé, le juge n'a pas défini clairement la provocation policière, mais l'accusé ne peut se plaindre du retrait du moyen de défense fondé sur la provocation policière (à supposer qu'il s'agisse d'une défense, si elle est établie par prépondérance de la preuve) s'il n'y a aucune preuve à l'appui de ce moyen. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Jewitt*, précité, le juge Anderson est d'avis que l'inculpé ne devrait pas avoir la charge de la preuve par prépondérance. Les motifs de sa conclusion sont donnés dans le passage suivant de son opinion, aux pp. 220 et 221:

[TRADUCTION] En ce qui concerne la charge de la preuve, je suis d'opinion que l'inculpé ne devrait pas être requis d'établir la défense de provocation policière par prépondérance de preuve. Le ministère public n'est pas, comme m'invite à le dire l'avocat de la défense, requis

burden in the sense that he must adduce evidence by way of cross-examination of Crown witnesses or by direct testimony that would enable the trier of fact to conclude that the accused was unlawfully entrapped or that there was a reasonable doubt as to whether he was entrapped. The burden on the accused is no different, for example, from the burden imposed in respect of other defences such as duress, self-defence, drunkenness, etc., where the accused is entitled to the benefit of any reasonable doubt.

Counsel for the Crown suggested that the onus here should be the same as the onus on the accused on a plea of insanity. There is statutory authority for such an onus: see s. 16(4) of the Code, reading as follows:

“(4) Every one shall, until the contrary is proved, be presumed to be and to have been sane.”

A perusal of the provisions of the Code indicate that where Parliament has determined to place a special onus on the accused it has said so in clear terms: see, for example, s. 237(1)(a) of the Code.

Anderson J.A. also noted a potential *Charter* issue if the onus is not on the Crown, and he felt that the accused who is successful on an entrapment claim is entitled to an acquittal as opposed to a stay.

I have come to the conclusion that it is not inconsistent with the requirement that the Crown prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt to place the onus on the accused to prove on a balance of probabilities that the conduct of the state is an abuse of process because of entrapment. I repeat: the guilt or innocence of the accused is not in issue. The accused has done nothing that entitles him or her to an acquittal; the Crown has engaged in conduct, however, that disentitles it to a conviction. This point was made by Dickson C.J. in *Jewitt, supra*, in a passage cited earlier. This Court in *Jewitt*, and more recently in *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657, affirmed that a Court may only enter a stay for an abuse of process in the “clearest of cases” (*Jewitt, supra*, at p. 137; *Keyowski, supra*, at p. 659). It is obvious to me that requiring an accused to raise only a reasonable doubt is entirely inconsistent with a rule which permits a stay in only the “clearest of cases”. More fundamentally, the claim of entrap-

de prouver ce qui n'est pas. La charge de présentation revient à l'inculpé en ce sens qu'il doit offrir des preuves, par le contre-interrogatoire des témoins du ministère public ou par témoignage direct, qui permettent au juge des faits de conclure que l'inculpé a été illicitement provoqué ou qu'il existe un doute raisonnable qu'il l'a été. La charge de l'inculpé n'est pas différente, par exemple, de celle imposée dans le cas d'autres défenses, telles la contrainte, la légitime défense, l'ivresse, etc., où l'inculpé profite de tout doute raisonnable.

L'avocat du ministère public a proposé que la charge ici soit la même que celle de l'inculpé qui plaide l'aliénation mentale. Il y a une source légale dans ce cas: voir par. 16(4) du Code, ainsi conçu:

«(4) Jusqu'à preuve du contraire, chacun est présumé être et avoir été sain d'esprit.»

Une consultation des dispositions du Code montre que, lorsque le législateur a jugé bon d'imposer à l'inculpé une charge spéciale, il l'a dit en termes clairs: voir, par exemple, al. 237(1)a) du Code.

Le juge Anderson note aussi qu'éventuellement la *Charte* pourrait être mise en cause si la charge de la preuve devait ne pas revenir au ministère public, et il estime que l'inculpé qui a gain de cause quand il fait valoir qu'il y a eu provocation policière a droit à un acquittement, par opposition à une suspension.

Je suis arrivé à la conclusion qu'imposer à l'inculpé la charge de prouver par prépondérance des probabilités que la conduite de l'État constitue un abus de procédure pour cause de provocation policière n'est pas incompatible avec l'exigence que le ministère public prouve la culpabilité de l'inculpé hors de tout doute raisonnable. Je le répète: la culpabilité ou l'innocence de l'inculpé ne sont pas en cause. L'inculpé n'a rien fait qui lui donne droit à un acquittement; le ministère public a toutefois eu une conduite qui l'empêche d'obtenir une déclaration de culpabilité. C'est ce qu'a fait valoir le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Jewitt*, précité, dans un passage mentionné précédemment. Cette Cour, dans l'arrêt *Jewitt*, et plus récemment dans l'arrêt *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, a confirmé qu'un tribunal ne peut prononcer une suspension pour abus de procédure que dans les «cas les plus manifestes» (*Jewitt*, précité, à la p. 137; *Keyowski*, précité, à la p. 659). Il est évident quant à moi qu'exiger d'un inculpé qu'il ne soulève

ment is a very serious allegation against the state. The state must be given substantial room to develop techniques which assist it in its fight against crime in society. It is only when the police and their agents engage in a conduct which offends basic values of the community that the doctrine of entrapment can apply. To place a lighter onus on the accused would have the result of unnecessarily hampering state action against crime. In my opinion the best way to achieve a balance between the interests of the court as guardian of the administration of justice, and the interests of society in the prevention and detection of crime, is to require an accused to demonstrate by a preponderance of evidence that the prosecution is an abuse of process because of entrapment. I would also note that this is consistent with the rules governing s. 24(2) applications (*Collins, supra*, at p. 277), where the general issue is similar to that raised in entrapment cases: would the administration of justice be brought into disrepute?

Before turning to the particular case at bar I would like to comment on the requirement in *Amato, supra*, that "In the result, the scheme so perpetrated must in all the circumstances be so shocking and outrageous as to bring the administration of justice into disrepute" (at p. 446, emphasis in original). I would, upon reconsideration, prefer to use the language adopted by Dickson C.J. in *Jewitt, supra*, and hold that the defence of entrapment be recognized in only the "clearest of cases". The approach set out in these reasons should provide a court with the necessary standard by which to judge the particular scheme. Once the accused has demonstrated that the strategy used by the police goes beyond the limits described earlier, a judicial condonation of the prosecution would by definition offend the community. It is not necessary to go further and ask whether the demonstrated entrapment would "shock" the community, since the accused has already shown that

qu'un doute raisonnable est totalement incompatible avec une règle qui autorise une suspension uniquement dans les «cas les plus manifestes». Plus fondamentalement, la prétention de provocation policière est une allégation très grave faite contre l'État. L'État doit pouvoir jouir d'une marge de manœuvre considérable afin d'élaborer des techniques qui puissent l'aider à combattre le crime dans la société. Ce n'est que lorsque la police et ses agents ont une conduite qui porte atteinte aux valeurs fondamentales de la société que la doctrine de la provocation policière peut entrer en jeu. Imposer un fardeau plus léger à l'inculpé aurait pour résultat d'entraver inutilement l'action de l'État contre le crime. À mon avis, la meilleure façon d'établir un équilibre entre les intérêts du tribunal, gardien de l'administration de la justice, et les intérêts de la société dans la prévention et le dépistage du crime, est d'obliger l'inculpé à démontrer par prépondérance de preuve que la poursuite constitue un abus de procédure pour cause de provocation policière. Je rappelle que cela est conforme aux règles régissant les demandes fondées sur le par. 24(2) (*Collins, précité*, à la p. 277), où la question générale en cause est semblable à celle soulevée dans les affaires de provocation policière: l'administration de la justice serait-elle déconsidérée?

Avant de me tourner vers la présente espèce, je voudrais commenter l'exigence énoncée dans l'arrêt *Amato, précité*, qu'«[e]n définitive, cette machination doit dans tous les cas être si révoltante et si indigne qu'elle ternit l'image de la justice» (à la p. 446, souligné dans l'original). Je préfère, à y repenser, reprendre les termes du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Jewitt, précité*, et dire que la défense de provocation policière ne doit être reconnue que dans les «cas les plus manifestes». La démarche exposée dans les présents motifs devrait fournir à un tribunal la norme nécessaire pour juger la machination en cause. Lorsque l'inculpé a démontré que la stratégie utilisée par la police dépasse les bornes décrites antérieurement, l'absolution judiciaire donnée à la poursuite offusquerait, par définition, la société. Il n'est pas nécessaire d'aller plus loin ni de se demander si la provocation policière démontrée «révolterait» la

the administration of justice has been brought into disrepute.

In conclusion, the onus lies on the accused to demonstrate that the police conduct has gone beyond permissible limits to the extent that allowing the prosecution or the entry of a conviction would amount to an abuse of the judicial process by the state. The question is one of mixed law and fact and should be resolved by the trial judge. A stay should be entered in the "clearest of cases" only.

Disposition

In determining whether the doctrine of entrapment applies to the present appeal, this Court is restricted to the summary of evidence provided by Wetmore Co. Ct. J. in his reasons. I am of the view that a stay of proceedings should be entered in this case. While the trial judge had the advantage of hearing the testimony of the appellant, and normally findings on entrapment cases should not be disturbed because of this, I am concerned that in this case too much emphasis was placed on the appellant's state of mind. Earlier in my summary of the decisions below I cited a passage from the trial judge's reasons wherein he stated that the fundamental issue was the appellant's state of mind and his predisposition to crime. This, perhaps, explains why in his conclusion the trial judge stated the appellant was not entrapped because he acted out of a desire to profit from the transaction. If the trial judge had been permitted only to evaluate the conduct of the police objectively, I think he might well have, and in any event, ought to have come to the conclusion the police conduct amounted to entrapment.

From the facts it appears that the police had reasonable suspicion that the appellant was involved in criminal conduct. The issue is whether the police went too far in their efforts to attract the appellant into the commission of the offence.

Returning to the list of factors I outlined earlier, this crime is obviously one for which the state must

société, puisque l'inculpé a déjà montré que l'administration de la justice est déconsidérée.

En conclusion, c'est à l'inculpé que revient la charge de démontrer que la conduite de la police a dépassé les bornes de l'acceptable à un point tel que permettre à la poursuite de suivre son cours ou prononcer une déclaration de culpabilité équivaudrait à un abus de la procédure judiciaire de la part de l'État. C'est là une question mixte de droit et de fait et elle doit être résolue par le juge du procès. Une suspension ne doit être prononcée que dans les «cas les plus manifestes» uniquement.

Dispositif

Pour décider si la doctrine de la provocation policière doit être appliquée dans le présent pourvoi, cette Cour est limitée au résumé de la preuve fourni par le juge Wetmore dans ses motifs. Je suis d'avis qu'une suspension de procédure devrait être prononcée en l'espèce. Certes, le juge du procès a eu l'avantage d'entendre le témoignage de l'appellant et, normalement, les constatations faites dans les affaires de provocation policière ne devraient pas être modifiées pour cette raison mais, ce qui me préoccupe, c'est qu'en l'espèce on a beaucoup trop insisté sur l'état d'esprit de l'appellant. Auparavant, dans mon résumé des décisions des instances inférieures, j'ai cité un passage des motifs du juge du procès où il dit que le point fondamental en cause est l'état d'esprit de l'appellant et sa propension au crime. Cela explique peut-être pourquoi le juge du procès conclut en disant que l'appellant n'a pas été victime de provocation policière, puisqu'il a agi par esprit de lucre, en voulant profiter de la tractation. Si le juge du procès n'avait été autorisé qu'à évaluer objectivement la conduite de la police, je pense qu'il aurait fort bien pu, et de toute façon, aurait dû arriver à la conclusion que la conduite de la police était assimilable à la provocation policière.

Il ressort des faits que la police a eu des soupçons raisonnables que l'appellant commettrait l'infraction. La question est de savoir si les policiers sont allés trop loin dans leurs efforts pour entraîner l'appellant à commettre l'infraction.

Revenant à l'énumération des facteurs que j'ai exposés précédemment, ce crime est manifeste-

be given substantial leeway. The drug trafficking business is not one which lends itself to the traditional devices of police investigation. It is absolutely essential, therefore, for police or their agents to get involved and gain the trust and confidence of the people who do the trafficking or who supply the drugs. It is also a crime of enormous social consequence which causes a great deal of harm in society generally. This factor alone is very critical and makes this case somewhat difficult.

The police do not appear, however, to have been interrupting an ongoing criminal enterprise, and the offence was clearly brought about by their conduct and would not have occurred absent their involvement. The police do not appear to have exploited a narcotics addiction of the appellant since he testified that he had already given up his use of narcotics. Therefore, he was not, at the time, trying to recover from an addiction. Nonetheless, he also testified that he was no longer involved in drugs and, if this is true, it suggests that the police were indeed trying to make the appellant take up his former life style. The persistence of the police requests, as a result of the equally persistent refusals by the appellant, supports the appellant's version of events on this point. The length of time, approximately six months, and the repetition of requests it took before the appellant agreed to commit the offence also demonstrate that the police had to go further than merely providing the appellant with the opportunity once it became evident that he was unwilling to join the alleged drug syndicate.

Perhaps the most important and determinative factor in my opinion is the appellant's testimony that the informer acted in a threatening manner when they went for a walk in the woods, and the further testimony that he was told to get his act together after he did not provide the supply of drugs he was asked for. I believe this conduct was unacceptable. If the police must go this far, they have gone beyond providing the appellant with an opportunity. I do not, therefore, place much significance on the fact that the appellant eventually

ment un crime pour lequel il faut donner à l'État une marge de manœuvre considérable. Le trafic des stupéfiants ne se prête pas au mécanisme traditionnel d'enquête policière. Il est absolument essentiel, par conséquent, pour les forces policières ou leurs agents de se mêler à ceux qui s'adonnent au trafic ou qui fournissent les drogues et de gagner leur confiance. C'est aussi un crime aux conséquences sociales énormes, qui cause un dommage considérable à la société en général. Ce facteur, à lui seul, est des plus critiques et rend l'espèce quelque peu difficile.

Il ne semble pas toutefois que les policiers aient interrompu une affaire criminelle en cours, et l'infraction a, de toute évidence, été perpétrée à cause de leur conduite et ne se serait pas produite sans leur intervention. Les policiers ne semblent pas avoir exploité l'accoutumance de l'appellant aux stupéfiants puisque, d'après son témoignage il avait déjà abandonné leur usage. Par conséquent, il ne cherchait pas, à l'époque, à échapper à l'accoutumance. Néanmoins, il a aussi déclaré dans son témoignage qu'il n'était plus mêlé aux affaires de drogues et, si cela est vrai, cela laisse entendre que les policiers essayaient vraiment de faire reprendre à l'appellant son ancien style de vie. La persistance des demandes policières, résultant des refus également persistants de l'appellant, corrobore sa version sur ce point. La durée de l'opération, environ six mois, et la répétition des demandes avant que l'appellant ne consente à commettre l'infraction démontrent aussi que les policiers n'ont pu se contenter de fournir à l'appellant une occasion et ont dû aller plus loin quand il devint évident qu'il ne voulait pas se joindre à ce prétendu gang de trafiquants de drogues.

Le facteur le plus important et le plus décisif est peut-être le témoignage de l'appellant, que l'indicateur, lorsqu'ils allèrent faire une promenade dans les bois, s'est montré menaçant, et aussi cet autre aspect de son témoignage, qu'on lui a dit de se décider une fois pour toutes, après qu'il n'eut pas fourni les drogues demandées. J'estime que cette conduite est inacceptable. Si les forces de police ont dû aller aussi loin, elles ne se sont plus contentées de fournir à l'appellant une occasion. Je n'attache donc pas une grande importance au fait que

committed the offence when shown the money. Obviously the appellant knew much earlier that he could make a profit by getting involved in the drug enterprise and he still refused. I have come to the conclusion that the average person in the position of the appellant might also have committed the offence, if only to finally satisfy this threatening informer and end all further contact. As a result I would, on the evidence, have to find that the police conduct in this case was unacceptable. Thus, the doctrine of entrapment applies to preclude the prosecution of the appellant. In my opinion, the appellant has met the burden of proof and the trial judge should have entered a stay of proceedings for abuse of process.

I would accordingly allow the appeal, set aside the conviction of the appellant and enter a stay of proceedings.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Sydney B. Simons, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Frank Iacobucci, Ottawa.

l'appelant a finalement commis l'infraction lorsqu'on lui eut montré l'argent. Manifestement l'appelant a su bien avant cela qu'il pouvait réaliser un profit dans le commerce de la drogue, mais il refusait toujours. Je suis arrivé à la conclusion qu'une personne ordinaire, dans la situation de l'appelant, aurait pu aussi commettre l'infraction, ne serait-ce que pour satisfaire enfin l'indicateur menaçant et rompre tout contact. Par conséquent, je suis obligé, compte tenu de la preuve, de constater que la conduite de la police en l'espèce était inacceptable. Par conséquent, la doctrine de la provocation policière s'applique et interdit de poursuivre l'appelant. À mon avis, l'appelant s'est déchargé du fardeau de la preuve qui lui revenait et le juge du procès aurait dû prononcer une suspension d'instance pour cause d'abus de procédure.

Je suis d'avis, en conséquence, d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité de l'appelant, d'ordonner un nouveau procès et de prononcer une suspension d'instance.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelant: Sydney B. Simons, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Frank Iacobucci, Ottawa.

Joseph Colin Strachan Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. STRACHAN

File No: 19749.

1988: January 28, 29; 1988: December 15.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Right to counsel denied while police securing potentially dangerous situation — Real evidence seized before counsel called — Whether or not right to counsel infringed — Whether or not evidence should be excluded for bringing the administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(1), (2) — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 10(2).

Criminal law — Search warrants — Quickly developing situation forcing telephone authorization to change names of officers named in warrant — Whether or not search warrant valid — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 10(2).

Evidence — Evidence obtained in violation of the Charter — Whether or not evidence should be excluded for bringing administration of justice into disrepute.

The constable in charge of the drug section at an R.C.M.P. detachment sought and obtained a search warrant under s. 10(2) of the *Narcotic Control Act*. The search warrant named four officers. A change in shift caused the constable in charge to seek authorization by telephone from the justice of the peace to substitute two other officers. Two officers not named in the amended warrant assisted in executing the search warrant.

When the police arrived to search the appellant's apartment appellant was arrested for possession of marijuana and read the standard police warning. Appellant attempted to telephone his lawyer but the constable

* Estey and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

Joseph Colin Strachan Appellant

c.

Sa Majesté La Reine Intimée

a

RÉPERTORIÉ: R. c. STRACHAN

N° du greffe: 19749.

1988: 28, 29 janvier; 1988: 15 décembre.

b

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat — Droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat nié pendant que la police prenait en main une situation potentiellement dangereuse — Preuve matérielle saisie avant que l'avocat ait été appelé — Y a-t-il atteinte au droit à l'assistance d'un avocat? — Les éléments de preuve doivent-ils être écartés parce qu'ils sont susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(1), (2) — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 10(2).

Droit criminel — Mandat de perquisition — En raison de l'évolution rapide de la situation, autorisation donnée par téléphone de modifier le nom des agents nommés dans le mandat — Le mandat de perquisition est-il valide? — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 10(2).

Preuve — Éléments de preuve obtenus en violation de la Charte — Les éléments de preuve doivent-ils être écartés parce qu'ils sont susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice?

L'agent responsable de la section antidrogue d'un détachement de la G.R.C. a demandé un mandat de perquisition aux termes du par. 10(2) de la *Loi sur les stupéfiants* et l'a obtenu. Le mandat nommait quatre agents. À cause d'un changement de quart, l'agent responsable a demandé par téléphone au juge de paix l'autorisation de substituer deux autres agents. Deux agents qui n'étaient pas nommés dans le mandat modifié ont aidé à exécuter le mandat de perquisition.

Lorsque la police s'est présentée pour perquisitionner à l'appartement de l'appellant, celui-ci a été arrêté pour possession de marijuana et la police lui a lu la mise en garde d'usage. L'appellant a tenté de téléphoner à son

* Les juges Estey et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

in charge told appellant that he could not telephone until the police had "matters under control": the police wanted to question two other men in the apartment and to locate two registered revolvers. The drugs and paraphernalia were seized by two officers named in the warrant. Appellant was allowed to telephone his lawyer from the police station an hour and forty minutes after the search began. He had not made a further request to use the telephone after his initial request and the police did not advise him again of his right to retain counsel.

The trial judge found that appellant's right to counsel had been violated, excluded the evidence seized by the police and, absent other evidence, dismissed the charge. The Court of Appeal set aside the acquittal and ordered a new trial. The two major issues raised here were: (1) was the search invalid because it did not comply with the requirements of s. 10 of the *Narcotic Control Act* and therefore unreasonable under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and (2) should the evidence discovered in the search have been excluded under s. 24(2) of the *Charter* because of the denial of the right to counsel or the alleged breach of s. 8.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: A warrant issued under s. 10(2) of the *Narcotic Control Act* for the search of a dwelling place for narcotics is significantly wider in scope than a normal search warrant issued under s. 443 of the *Criminal Code*. This wider scope is counterbalanced by the requirement that specific officers be named in the warrant and that they personally execute it and be responsible for the control and conduct of the search. If the named officers are truly in control, participate in the search, and are present throughout, the use of unnamed assistants who are closely supervised by them does not invalidate the search or the warrant. The naming requirement is not met by a warrant directed to a large number of peace officers.

The section 8 guarantee against unreasonable search or seizure was not breached here. The search warrant was validly issued and validly executed. Advance authorization for searches by an impartial official capable of acting judicially is important. Even if the substi-

avocat, mais l'agent responsable lui a dit qu'il ne pouvait pas téléphoner tant que la police n'avait pas «la situation bien en main»: les policiers voulaient interroger deux autres hommes qui se trouvaient dans l'appartement et trouver deux revolvers enregistrés. Les drogues et d'autres articles ont été saisis par les deux agents nommés dans le mandat. On a permis à l'appelant de téléphoner à son avocat du poste de police environ une heure et quarante minutes après le début de la perquisition. Il n'avait pas fait d'autres demandes pour utiliser le téléphone après sa première demande et les policiers ne l'ont pas informé à nouveau de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

Le juge du procès a conclu qu'il y avait eu violation du droit de l'appelant d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, il a écarté la preuve saisie par les policiers et, en l'absence d'autre preuve a rejeté l'accusation. La Cour d'appel a annulé l'acquiescement et a ordonné un nouveau procès. Le pourvoi vise à trancher deux questions principales: (1) la perquisition était-elle invalide parce qu'elle ne respectait pas les exigences de l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants* et était-elle ainsi abusive aux termes de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*? et (2) les éléments de preuve découverts au cours de la perquisition auraient-ils dû être écartés aux termes du par. 24(2) de la *Charte* en raison de la négation du droit à l'assistance d'un avocat ou de la violation présumée de l'art. 8?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, La Forest et L'Heureux-Dubé: Un mandat décerné en vertu du par. 10(2) de la *Loi sur les stupéfiants* pour effectuer une perquisition dans une maison d'habitation afin de découvrir des stupéfiants a une portée beaucoup plus grande qu'un mandat de perquisition normal décerné en application de l'art. 443 du *Code criminel*. L'exigence que des agents précis soient nommés dans le mandat, qu'ils l'exécutent en personne et soient responsables du contrôle de la perquisition et de la manière dont elle est exécutée a été ajoutée pour faire contre-poids à la portée plus large. Si les agents nommés ont véritablement le contrôle, participent à la perquisition et sont présents en tout temps, le recours à des assistants non nommés ne rend pas la perquisition ou le mandat invalides. On ne satisfait pas à l'exigence en matière de désignation en décernant un mandat visant un grand nombre d'agents de la paix.

La garantie que prévoit l'art. 8 contre les perquisitions et les saisies abusives n'a pas été violée en l'espèce. Le mandat de perquisition a été validement décerné et validement exécuté. L'autorisation préalable des perquisitions par un officier de justice dans le cadre de ses

tution of the two officers by telephone authorization was not authorized by the *Narcotic Control Act*, respect for the spirit of s. 8 of the *Charter* and awareness of the limitations on police search powers was shown.

The police violated the appellant's right to counsel. The violation of this right did not occur when the constable in charge initially prevented him from telephoning his lawyer because of the need to ensure a potentially volatile situation was under control. The police had no reason not to allow the appellant to telephone a lawyer once the accused had been arrested, the weapons located, and the other two people had left, and the police were clearly in control. The denial of counsel began from that point.

Section 24(2) does not require a causal link between the *Charter* infringement and the discovery of the evidence. All evidence gathered following a violation of a *Charter* right should be considered as within the scope of s. 24(2). The first inquiry under s. 24(2) is to determine whether a *Charter* violation occurred in the course of obtaining the evidence. A temporal link between the infringement of the *Charter* and the discovery of the evidence, while not determinative, figures prominently in this assessment, particularly where the *Charter* violation and the discovery of the evidence occur in the course of a single transaction. A temporal connection will not suffice when the evidence is too remote.

The narcotics in this appeal were obtained in a manner that infringed the *Charter*. The chain of events was sufficient to clear the first branch of s. 24(2).

The factors concerning the fairness of the trial are especially important when the right to counsel has been violated because of the concern that an accused may have been incriminated by statements improperly elicited by the police. Nevertheless, s. 24(2) is not an automatic exclusionary rule: not every breach of the right to counsel will result in the exclusion of evidence. Here, the *Charter* breach was inadvertent and was not part of a larger pattern of disregard for *Charter* rights, no self-incriminatory statements were elicited, and the accused was not mistreated. The admission of the marijuana would not render the trial unfair. Indeed, the exclusion

fonctions est importante. Même si le remplacement des deux agents par l'autorisation donnée au téléphone n'était pas autorisé par la *Loi sur les stupéfiants*, on a démontré du respect pour l'esprit de l'art. 8 de la *Charte* et une conscience des limites du pouvoir en matière de perquisition par la police.

La police a violé le droit de l'appelant d'avoir recours au service d'un avocat. La violation de ce droit ne s'est pas produite quand l'agent responsable a au départ empêché l'appelant de téléphoner à son avocat, car il fallait que la situation potentiellement explosive soit bien en main. Les policiers n'avaient aucune raison de ne pas permettre à l'appelant de téléphoner à un avocat une fois qu'il était arrêté, les armes trouvées, les deux autres personnes parties et qu'ils avaient de toute évidence la situation bien en main. La négation du droit à l'assistance d'un avocat a commencé à ce moment-là.

Le paragraphe 24(2) n'exige pas un lien de causalité entre la violation de la *Charte* et l'obtention des éléments de preuve. On doit considérer que tous les éléments de preuve obtenus par suite d'une violation d'un droit que garantit la *Charte* relèvent du par. 24(2). La première étape de l'examen prévu au par. 24(2) consiste à déterminer si une violation de la *Charte* a été commise en recueillant des éléments de preuve. L'existence d'un lien temporel entre la violation de la *Charte* et la découverte de la preuve, bien qu'il ne soit pas déterminant, revêt une importance particulière dans cette analyse, surtout lorsque la violation de la *Charte* et la découverte des éléments de preuve se produisent au cours d'une seule et même opération. Un lien temporel ne suffit pas lorsque les éléments de preuve sont trop éloignés.

Les stupéfiants ont été obtenus en l'espèce dans des conditions qui portent atteinte à la *Charte*. La suite d'événements est suffisante pour régler le premier volet du par. 24(2).

Les facteurs concernant l'équité du procès sont particulièrement importants lorsqu'il y a eu violation du droit à l'assistance d'un avocat en raison de la crainte qu'un accusé ait été incriminé par des déclarations obtenues irrégulièrement par la police. Néanmoins, le par. 24(2) n'établit pas une règle d'exclusion automatique: toute violation du droit à l'assistance d'un avocat n'entraînera pas l'exclusion des éléments de preuve. En l'espèce, la violation de la *Charte* a été commise par inadvertance et ne s'inscrivait pas dans un cadre plus large de non-respect des droits garantis par la *Charte*; aucune déclaration auto-incriminante n'a été obtenue et l'accusé n'a pas été maltraité. L'admission de la marijuana en preuve ne serait pas susceptible de rendre le procès injuste. En fait, c'est l'exclusion des éléments de preuve et non leur

of the evidence, not its admission, would tend to bring the administration of justice into disrepute.

Per Lamer J.: The reasons of Dickson C.J. were concurred in. To require some nexus when "evidence is obtained in a manner that infringed the *Charter*" is too difficult a test to apply and the approach proposed by Le Dain J. in *R. v. Therens* should be followed.

Per Wilson J.: Appellant's right to counsel was violated when he was denied the use of the telephone to call his lawyer upon being advised that he was under arrest. Notwithstanding the understandable concern of the police to get "matters under control", there is no internal qualification in s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* permitting the police to postpone the appellant's exercise of his right to counsel. Section 10(b) uses the words "without delay". Section 1 of the *Charter* is the sole source of reasonable limits. These limits must be "prescribed by law" and cannot be imposed by the police in their discretion except in a case of extreme urgency or threat to their own safety. This is not such a case.

A search conducted in face of a *Charter* violation cannot be a reasonable search under s. 8 even if conducted pursuant to a valid search warrant. The legislation authorizing the issuance of search warrants does not expressly or by necessary implication or through its operating requirements override the citizen's s. 10(b) rights.

The admission of the evidence in this case would not, however, bring the administration of justice into disrepute.

Cases Cited

By Dickson C.J.

Applied: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; **considered:** *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Cohen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 156; **distinguished:** *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; **referred to:** *R. v. Rao* (1984), 40 C.R. (3d) 1; *R. v. Duguay* (1985), 18 D.L.R. (4th) 32; *R. v. Fekete* (1985), 44 C.R. (3d) 92; *R. v. Heikel and MacKay* (1984), 57 A.R. 221; *R. v. Lebrocq* (1984), 35 Alta. L.R. (2d) 184; *R. v. Baylis* (1986), 47 Sask. R. 15; *R. v. Goodbaum* (1977), 1 C.R. (3d) 152; *Campbell v. Clough* (1979), 23 Nfld. & P.E.I.R. 249; *R. v. Davidson* (1982), 40 N.B.R. (2d) 702; *R. v. Newson* (1985), 41 Alta. L.R. (2d) 375; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495.

admission qui serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Le juge Lamer: Un accord est donné aux motifs du juge en chef Dickson. Exiger un lien quand «les éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte à la *Charte*» est un critère trop difficile à appliquer et l'approche proposée par le juge Le Dain dans l'arrêt *R. c. Therens* doit être suivie.

Le juge Wilson: Il y a eu violation du droit de l'appelant d'avoir recours à l'assistance d'un avocat quand on lui a refusé l'accès au téléphone pour appeler son avocat après qu'on l'eût informé qu'il était en état d'arrestation. Bien qu'il soit compréhensible que les policiers aient voulu avoir «la situation bien en main», il n'y a pas de restriction intrinsèque dans le texte de l'al. 10(b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui leur permettait de retarder l'exercice par l'appelant de son droit à l'assistance d'un avocat. L'alinéa 10b) utilise les mots «sans délai». L'article premier de la *Charte* est la seule source de limites qui soient raisonnables. Ces limites doivent être prévues «par une règle de droit» et ne peuvent pas être imposées discrétionnairement par les policiers, sauf en cas d'urgence extrême ou de menace à leur propre sécurité. Tel n'est pas le cas en l'espèce.

Une perquisition effectuée en dépit d'une violation de la *Charte* est une perquisition abusive selon l'art. 8, même si elle est effectuée aux termes d'un mandat de perquisition valide. Il n'y a rien d'expressément ou d'implicitement prévu par la loi autorisant la délivrance des mandats de perquisition ou découlant de ses propres termes qui l'emporte sur les droits garantis au citoyen par l'al. 10b).

L'admission des éléments de preuve en l'espèce ne serait cependant pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Dickson

Arrêt appliqué: *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; **arrêts examinés:** *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. v. Cohen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 156; **distinction d'avec les arrêts:** *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; **arrêts mentionnés:** *R. v. Rao* (1984), 40 C.R. (3d) 1; *R. v. Duguay* (1985), 18 D.L.R. (4th) 32; *R. v. Fekete* (1985), 44 C.R. (3d) 92; *R. v. Heikel and MacKay* (1984), 57 A.R. 221; *R. v. Lebrocq* (1984), 35 Alta. L.R. (2d) 184; *R. v. Baylis* (1986), 47 Sask. R. 15; *R. v. Goodbaum* (1977), 1 C.R. (3d) 152; *Campbell v. Clough* (1979), 23 Nfld. & P.E.I.R. 249; *R. v. Davidson* (1982), 40 N.B.R. (2d) 702; *R. v. Newson* (1985), 41 Alta. L.R. (2d) 375; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495.

By Lamer J.

Referred to: *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613.

By Wilson J.

Referred to: *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8, 9, 10, 10(b), 24(1), (2).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 443, 443(1), 444, 618(2)(a).
Criminal Law Amendment Act, 1985, S.C. 1985, c. 19, ss. 69-71.
Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40.
Customs Act, S.C. 1986, c. 1.
Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27, s. 37(2).
Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 26(7).
Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 4(2), 10(2), (4).
Narcotic Control Act, S.C. 1960-61, c. 35, s. 10(2).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1986), 25 D.L.R. (4th) 567, 24 C.C.C. (3d) 205, 49 C.R. (3d) 289, allowing an appeal from and ordering a new trial following an acquittal found by Millward Co. Ct. J. Appeal dismissed.

David Roberts, Q.C., for the appellant.

S. David Frankel and V. Gordon Rose, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The appellant Joseph Colin Strachan was charged with unlawfully having in his possession a narcotic, to wit, cannabis (marijuana) for the purpose of trafficking contrary to s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1. He was acquitted at trial. The trial verdict was reversed on appeal. The appellant now appeals as of right to this Court.

Citée par le juge Lamer

Arrêt mentionné: *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613.

Citée par le juge Wilson

Arrêts mentionnés: *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8, 9, 10, 10(b), 24(1), (2).
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 443, 443(1), 444, 618(2)a).
Loi de 1985 modifiant le droit pénal, S.C. 1985, chap. 19, art. 69 à 71.
Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, chap. F-27, art. 37(2).
Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 26(7).
Loi sur les douanes, S.C. 1986, chap. 1.
Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40.
Loi sur les stupéfiants, S.C. 1960-61, chap. 35, art. 10(2).
Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 4(2), 10(2), (4).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1986), 25 D.L.R. (4th) 567, 24 C.C.C. (3d) 205, 49 C.R. (3d) 289, qui a accueilli un appel contre un acquittement rendu par le juge Millward de la Cour de comté et qui a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

David Roberts, c.r., pour l'appellant.

S. David Frankel et V. Gordon Rose, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Beetz, McIntyre, La Forest et L'Heureux-Dubé rendu par

LE JUGE EN CHEF—L'appellant, Joseph Colin Strachan, a été accusé d'avoir eu illégalement en sa possession un stupéfiant, savoir du cannabis (marijuana), pour en faire le trafic contrairement au par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1. Il a été acquitté en première instance. Le verdict de première instance a été infirmé en appel. L'appellant se pourvoit maintenant de plein droit devant cette Cour.

This case involves evidence seized during a search of a dwelling-house under a search warrant issued under s. 10(2) of the *Narcotic Control Act*. The appellant argues that the search was unreasonable, and therefore contrary to s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He further submits that his right to counsel under s. 10(b) of the *Charter* was denied. He contends that the evidence of the drugs and drug-related paraphernalia found in the dwelling was properly excluded by the trial judge under s. 24(2) of the *Charter*.

It should be noted that this case has been argued throughout on the law as it stood prior to the *Criminal Law Amendment Act, 1985*, S.C. 1985, c. 19, ss. 69-71, which amended the search warrant provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 443 and 444.

I

Legislation

The relevant legislative and constitutional provisions are as follows:

Narcotic Control Act

10. . . .

(2) A justice who is satisfied by information upon oath that there are reasonable grounds for believing that there is a narcotic, by means of or in respect of which an offence under this Act has been committed, in any dwelling-house may issue a warrant under his hand authorizing a peace officer named therein at any time to enter the dwelling-house and search for narcotics.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

10. Every one has the right on arrest or detention

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right;

La présente affaire met en cause des preuves saisies au cours d'une perquisition effectuée dans une maison d'habitation conformément à un mandat de perquisition décerné en vertu du par. 10(2) de la *Loi sur les stupéfiants*. L'appelant fait valoir que la perquisition était abusive et, par conséquent, contraire à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il soutient en outre qu'on lui a nié le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat que lui garantissait l'al. 10b) de la *Charte*. Il allègue que les éléments de preuve relatifs aux drogues et à l'attirail d'objets reliés à la consommation de drogues trouvés dans la maison ont été à bon droit écartés par le juge du procès conformément au par. 24(2) de la *Charte*.

Il convient de souligner que cette affaire a été débattue dans toutes les cours en fonction du droit en vigueur avant la *Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, S.C. 1985, chap. 19, art. 69 à 71, qui a modifié les dispositions relatives au mandat de perquisition du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 443 et 444.

I

Les textes législatifs

Les dispositions législatives et constitutionnelles applicables sont les suivantes:

Loi sur les stupéfiants

10. . . .

(2) Un juge de paix convaincu, d'après une dénonciation faite sous serment, qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'un stupéfiant au moyen ou à l'égard duquel une infraction à la présente loi a été commise se trouve dans une maison d'habitation quelconque, peut délivrer un mandat portant sa signature et autorisant un agent de la paix y nommé à entrer à toute heure dans la maison d'habitation pour découvrir des stupéfiants.

Charte canadienne des droits et libertés

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

24. ...

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

II

The Facts

On September 9, 1983, Constable Bisceglia was the officer in charge of the Drug Section of the Royal Canadian Mounted Police (R.C.M.P.) Detachment in Campbell River, British Columbia. That day, a confidential source told him that the appellant had a quantity of marijuana at his apartment. Two other sources had given Constable Bisceglia the same tip within the previous few days. Early in the afternoon, Constable Bisceglia appeared before a justice of the peace and applied under s. 10 of the *Narcotic Control Act* for a warrant to search a dwelling for narcotics. The justice of the peace issued the search warrant. In compliance with s. 10(2) of the Act, the warrant named Constables Bisceglia, Arseneault, Clark, and Underhill, all of the R.C.M.P., as the peace officers authorized to enter and search the dwelling. The warrant was valid between 3:00 p.m. and 7:00 p.m. of that day.

The officers went to the appellant's apartment at 4:00 p.m. but no-one was home. They did not attempt to enter but went about other duties. At approximately 6:00 p.m., Constable Arseneault learned that the appellant was at home, but was leaving shortly for Vancouver, and would not be back for two or three days. Constable Bisceglia decided to execute the warrant immediately, but Constables Clark and Underhill were about to go off duty. Constable Bisceglia telephoned the justice of the peace who had issued the search warrant, explained the circumstances, and asked if it would be possible to substitute two other officers. The justice of the peace authorized the substitution and the officers went to the appellant's apartment, arriving there around 6:20 p.m. All four were dressed in civilian clothes.

24. ...

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

II

Les faits

Le 9 septembre 1983, l'agent Bisceglia était responsable de la section antidrogue du détachement de la Gendarmerie royale du Canada (G.R.C.) de Campbell River (Colombie-Britannique). Ce jour-là, il a appris de source confidentielle qu'il y avait de la marijuana dans l'appartement de l'appelant. Deux autres informateurs avaient donné à l'agent Bisceglia le même renseignement au cours des jours précédents. Au début de l'après-midi, l'agent Bisceglia a comparu devant un juge de paix et a demandé en application de l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants* un mandat de perquisition l'autorisant à chercher des stupéfiants dans une maison d'habitation. Le juge de paix a décerné le mandat de perquisition. Conformément au par. 10(2) de la Loi, le mandat nommait les agents Bisceglia, Arseneault, Clark et Underhill, tous de la G.R.C., comme étant les agents de la paix autorisés à perquisitionner dans la maison. Le mandat était valide ce jour-là de 15 h à 19 h.

Les policiers se sont rendus à l'appartement de l'appelant à 16 h, mais il n'y avait personne. Ils n'ont pas essayé d'entrer et ils sont allés faire autre chose. Vers 18 h, l'agent Arseneault a appris que l'appelant était à la maison, mais qu'il partirait sous peu pour Vancouver et qu'il ne serait pas de retour avant deux ou trois jours. L'agent Bisceglia a décidé d'exécuter le mandat immédiatement, mais les agents Clark et Underhill étaient sur le point de terminer leur quart de travail. L'agent Bisceglia a téléphoné au juge de paix qui avait décerné le mandat de perquisition et, après lui avoir expliqué les circonstances, lui a demandé s'il serait possible de substituer deux autres agents. Le juge de paix a autorisé la substitution et les agents sont arrivés à l'appartement de l'appelant vers 18 h 20. Ils portaient tous les quatre des vêtements civils.

The police officers knocked on the door. The appellant answered. Two other men were in the apartment, in the living room. Constable Bisceglia gave the appellant a copy of the search warrant, showed his identification, and arrested the appellant for possession of marijuana. He then read the standard police warning, including the right to counsel guaranteed by the *Charter*. The appellant immediately picked up the phone and said he was going to call his lawyer, but Constable Bisceglia told him that he could not telephone until the police had "matters under control." Constable Bisceglia then asked the appellant for his full name, address and age, and for some identification. He also asked the appellant some questions concerning his marijuana usage. Constable Bisceglia then asked the other two men for their names. Approximately forty minutes after the police entered the apartment, the two men left. While Constable Bisceglia interviewed the appellant and the two men, the other officers searched the apartment. After the two men left, Constable Bisceglia assisted in the search. Constable Vanschaik and Corporal McBratney, the two substituted officers, did not seize items they discovered in the search, but pointed them out to Constables Bisceglia and Arseneault to seize. Constables Bisceglia and Arseneault together seized about 300 grams of "green plant-like material," a set of scales, plastic bags, a "hook up" [*sic*] pipe, and a "huge number" of bills totalling \$3,193. After the conclusion of the search, the police took the accused to the police station, arriving there around 8:00 p.m. He was then allowed to telephone his lawyer.

At the *voir dire* on the admission of the evidence, Constable Bisceglia was asked to explain what he had meant when he told the appellant that he could not telephone his lawyer until the officers had matters under control. Constable Bisceglia explained that he wanted to find out who were the two additional occupants of the apartment. He was also aware that the appellant had two restricted

Les policiers ont frappé à la porte. L'appellant leur a ouvert. Deux autres hommes étaient au salon dans l'appartement. L'agent Bisceglia a remis à l'appellant une copie du mandat de perquisition, lui a présenté ses pièces d'identité et l'a arrêté pour possession de marijuana. Il a alors lu la mise en garde d'usage de la police, en mentionnant notamment le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat garanti par la *Charte*. L'appellant a immédiatement décroché le téléphone et a affirmé qu'il allait appeler son avocat, mais l'agent Bisceglia lui a dit qu'il ne pourrait téléphoner que lorsque la police aurait [TRADUCTION] «la situation bien en main». L'agent Bisceglia a alors demandé à l'appellant de lui donner son nom au complet, son adresse et son âge ainsi que certaines pièces d'identité. Il a également posé à l'appellant certaines questions concernant l'usage qu'il faisait de la marijuana. L'agent Bisceglia a ensuite demandé aux deux autres hommes de s'identifier. Environ quarante minutes après l'entrée de la police dans l'appartement, les deux hommes sont partis. Pendant que l'agent Bisceglia interrogeait l'appellant et les deux hommes, les autres policiers fouillaient l'appartement. Après le départ des deux hommes, l'agent Bisceglia a aidé à perquisitionner. L'agent Vanschaik et le caporal McBratney, les deux remplaçants, n'ont pas saisi les articles qu'ils ont découvert lors de la perquisition, mais ils les ont montrés aux agents Bisceglia et Arseneault pour qu'ils les saisissent. Les agents Bisceglia et Arseneault ont saisi environ 300 grammes de [TRADUCTION] «substance verte de nature végétale», un ensemble de balances, des sacs de plastique, une pipe à réservoir et un [TRADUCTION] «nombre impressionnant» de billets de banque totalisant 3 193 \$. Après la perquisition, les agents ont amené l'accusé au poste de police où ils sont arrivés vers 20 h. On lui a alors permis de téléphoner à son avocat.

Lors du *voir-dire* portant sur la recevabilité de la preuve, on a demandé à l'agent Bisceglia d'expliquer ce qu'il voulait dire lorsqu'il a annoncé à l'appellant qu'il ne pourrait téléphoner à son avocat que lorsque les policiers auraient la situation bien en main. L'agent Bisceglia a expliqué qu'il voulait connaître l'identité des deux autres personnes qui se trouvaient dans l'appartement. Il savait égale-

firearms at the apartment, for which the appellant had the appropriate registration certificates. Constable Bisceglia explained that he wanted to locate the two revolvers.

After his initial attempt to contact counsel, the appellant made no further request to use the telephone. The police officers did not advise him again of his right to retain counsel after the initial warnings.

III

Judgments of the British Columbia Courts

1. *County Court (unreported)*

A *voir dire* was held on the validity of the search warrant and its execution. Four issues were raised: (i) whether the warrant as originally issued complied with the requirements of s. 10(2) of the *Narcotic Control Act*; (ii) whether the substitution of two officers for two of the named officers invalidated the warrant; (iii) whether the participation of two officers, not named in the warrant, invalidated the search; and (iv) whether there was a breach of the accused's right to retain and instruct counsel under s. 10(b) of the *Charter*.

Millward Co. Ct. J., sitting without a jury, decided the first three issues against the accused. He held that the formalities of s. 10(2) had been followed when the warrant originally was issued. Without commenting on whether or not the justice of the peace had the power to substitute the two officers, Millward Co. Ct. J. held the warrant was still valid when executed. On the third point, he held that the search was not unlawful simply because unnamed officers assisted the named officer in executing the search.

Millward Co. Ct. J. then examined the *Charter* point. He held that the police had denied the accused his right to counsel by refusing to allow him to telephone his lawyer. He did not accept that the initial denial could be justified by either of

ment que l'appelant avait deux armes à feu à autorisation restreinte dans l'appartement, pour lesquelles il détenait les certificats d'enregistrement appropriés. L'agent Bisceglia a expliqué qu'il voulait trouver les deux revolvers.

Après sa première tentative de communiquer avec un avocat, l'appelant n'a pas redemandé à utiliser le téléphone. Les policiers ne l'ont pas informé à nouveau de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat après les premières mises en garde.

III

^c Les jugements des tribunaux de la Colombie-Britannique

1. *Cour de comté (inédit)*

Il y a eu un *voir-dire* sur la validité du mandat de perquisition et de son exécution. Quatre questions ont été soulevées: (i) le mandat décerné initialement satisfaisait-il aux exigences du par. 10(2) de la *Loi sur les stupéfiants*? (ii) Le remplacement des deux agents nommés dans le mandat par d'autres agents a-t-il eu pour effet d'invalider le mandat? (iii) La participation de deux agents, non nommés dans le mandat, a-t-elle eu pour effet d'invalider la perquisition? et (iv) Y a-t-il eu violation du droit à l'assistance d'un avocat que garantissait à l'accusé l'al. 10b) de la *Charte*?

Le juge Millward de la Cour de comté, siégeant sans jury, a donné aux trois premières questions une réponse défavorable à l'accusé. Il a conclu que les formalités du par. 10(2) avaient été respectées au moment où le mandat avait été initialement décerné. Sans commenter la question de savoir si le juge de paix avait le pouvoir de remplacer les deux agents, le juge Millward a conclu que le mandat était toujours valide au moment où il a été exécuté. Quant au troisième point, il a conclu que la perquisition n'était pas illégale du seul fait que des agents non nommés dans le mandat avaient aidé l'agent nommé à effectuer la perquisition.

Le juge Millward a ensuite examiné la question fondée sur la *Charte*. Il a statué que la police avait nié à l'accusé son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat en lui refusant l'autorisation de téléphoner à son avocat. Il n'a pas accepté que le

the grounds advanced by the police, the presence of unknown third parties or the knowledge that the accused had two restricted weapons in the apartment. Even assuming that those two factors justified the denial of counsel, Millward Co. Ct. J. noted that the police had matters under control once the accused was arrested and the other two people had left. Millward Co. Ct. J. held that at that point at the latest, the accused should have been permitted to telephone his lawyer. The failure to allow him to do so was a "flagrant denial" of the right to counsel. Millward Co. Ct. J. then considered whether the evidence seized by the police should be excluded under s. 24(2). He accepted that there was no causal connection between the denial of the right to counsel and the evidence obtained by the search. Millward Co. Ct. J. considered the judgment of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Rao* (1984), 40 C.R. (3d) 1, another case concerning a denial of the right to counsel during a search. Although in that case there was evidence that the police grossly abused and mistreated the accused, Millward Co. Ct. J. decided that the two cases were parallel. He said:

Here, there is no suggestion that the police officers abused or mistreated the accused man in any way. Apart from that element, I find the two cases to be parallel. And it is my respectful view of the facts here that the flagrant denial to the accused person of his constitutional right to consult counsel immediately after having been informed of his right to do so by the officer cannot be condoned in a free and democratic society. And it is my further view that the admission of the evidence of search and seizure that took place following that denial would bring the administration of justice into disrepute. And so, I rule that the evidence is not admissible.

As the Crown had no other evidence, the charge was dismissed.

refus initial pouvait être justifié par l'un ou l'autre des moyens avancés par la police, savoir la présence de tiers inconnus ou la connaissance du fait que l'accusé avait deux armes à autorisation restreinte dans son appartement. Même en présumant que ces deux facteurs aient justifié le refus du recours à un avocat, le juge Millward a souligné que la police avait la situation bien en main une fois l'accusé arrêté et les deux autres personnes parties. Le juge Millward a conclu que c'est à ce moment-là, au plus tard, qu'on aurait dû permettre à l'accusé de téléphoner à son avocat. Une telle omission constituait une [TRADUCTION] «négation flagrante» du droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Le juge Millward a ensuite examiné la question de savoir si les éléments de preuve saisis par les policiers devaient être écartés en application du par. 24(2). Il a admis qu'il n'y avait aucun lien de causalité entre la négation du droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et les éléments de preuve obtenus grâce à la perquisition. Le juge Millward a examiné l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Rao* (1984), 40 C.R. (3d) 1, une autre affaire portant sur la négation du droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat pendant une perquisition. Bien que, dans cette affaire, on ait démontré que les policiers avaient grossièrement malmené et maltraité l'accusé, le juge Millward a décidé que les deux affaires étaient analogues. Voici ce qu'il a dit:

[TRADUCTION] En l'espèce, on ne laisse nullement entendre que les policiers ont malmené ou maltraité l'accusé de quelque manière que ce soit. À part cet élément, je suis d'avis que les deux affaires sont analogues. Et en toute déférence, je suis d'avis que les faits de l'espèce démontrent que la négation flagrante du droit constitutionnel de l'accusé d'avoir recours à l'assistance d'un avocat immédiatement après qu'il eut été informé de son droit de le faire par le policier est inexcusable dans une société libre et démocratique. Je suis en outre d'avis que l'utilisation des éléments de preuve recueillis grâce à la perquisition qui a suivi cette négation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Par conséquent, je conclus que les éléments de preuve sont irrecevables.

Comme la poursuite n'avait présenté aucun autre élément de preuve, l'accusation a été rejetée.

2. *Court of Appeal (reported at (1986), 25 D.L.R. (4th) 567)*

The Crown appealed to the British Columbia Court of Appeal, composed of Hinkson, Craig, and Esson J.J.A. Counsel for the Crown conceded that the police had violated the accused's right to counsel when they refused to allow him to communicate with his lawyer. The issue was whether the material should have been excluded under s. 24(2), particularly in the absence of any direct causal relationship between the *Charter* breach and the discovery of the evidence. Esson J.A., speaking for the Court of Appeal, in a long and scholarly judgment, held that the evidence ought not to have been excluded, set aside the acquittal, and ordered a new trial.

Esson J.A. reviewed this Court's decision in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613. He concluded that the majority's decision was closely tied to the type of evidence under consideration in that case, namely, potentially incriminating evidence that the person was required by law to provide to the police. Esson J.A. considered that even if the majority in *R. v. Therens* interpreted s. 24(2) to allow for automatic exclusion, that interpretation was limited to the type of evidence there in issue. He thought the case left open the scope of the exclusionary rule in general. He also considered that the case did not establish that there must be a causal relationship between a *Charter* violation and the obtaining of evidence, but the presence or absence of a causal relationship is an important factor in the decision.

Esson J.A. then examined the trial judge's decision in this case. He disagreed with the trial judge's reliance on the *R. v. Rao* case, *supra*, since in that case there was an illegal, unreasonable search and gross mistreatment of the accused. Esson J.A. held that those were relevant considerations. He quoted the following passage, at p. 585, from the judgment of Martin J.A. in *R. v. Rao*:

2. *Cour d'appel (publié à (1986), 25 D.L.R. (4th) 567)*

Le ministère public s'est pourvu devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique composée des juges Hinkson, Craig et Esson. Le substitut du procureur général a reconnu que les policiers avaient violé le droit de l'accusé d'avoir recours à l'assistance d'un avocat lorsqu'ils lui ont refusé l'autorisation de communiquer avec son avocat. La question était de savoir si les éléments de preuve auraient dû être écartés en application du par. 24(2), particulièrement en l'absence de tout lien de causalité direct entre la violation de la *Charte* et la découverte des éléments de preuve. Le juge Esson, s'exprimant au nom de la Cour d'appel, a conclu dans un long et savant jugement que les éléments de preuve n'auraient pas dû être écartés, a annulé l'acquittal et a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Le juge Esson a examiné l'arrêt de cette Cour *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613. Il a conclu que la décision des juges formant la majorité était intimement liée au genre d'éléments de preuve dont il était question dans cette affaire, savoir des éléments de preuve susceptibles d'être incriminants que la personne était tenue de fournir à la police en vertu de la loi. Le juge Esson a considéré que, même si les juges formant la majorité dans l'arrêt *R. c. Therens* avaient interprété le par. 24(2) comme permettant l'exclusion automatique, cette interprétation était limitée au genre d'éléments de preuve dont il était question dans cette affaire. Il était d'avis que l'arrêt ne généralisait pas la portée de la règle d'exclusion. Il a également considéré que l'arrêt n'avait pas établi qu'il doit y avoir un lien de causalité entre une violation de la *Charte* et l'obtention des éléments de preuve, mais que la présence ou l'absence d'un tel lien constitue un facteur important dans la décision.

Le juge Esson a ensuite examiné la décision rendue par le juge du procès en l'espèce. Il a exprimé son désaccord avec la façon dont le juge du procès s'est fondé sur l'arrêt *R. v. Rao*, précité, étant donné que l'accusé, dans cette affaire, avait fait l'objet d'une fouille abusive et illégale ainsi que de mauvais traitements flagrants. Le juge Esson a conclu qu'il s'agissait là de considérations pertinentes. Il a cité le passage suivant, tiré de la p. 585 des motifs du juge d'appel Martin dans l'affaire *R. v. Rao*:

The trial judge found, however, that the respondent was detained and, notwithstanding that he was detained, he was denied the right to communicate with a lawyer despite his request to be allowed to do so. Further, it seems clear on the facts found by the trial judge that the respondent was denied the right to communicate with his lawyer after he had been arrested. The trial judge also found that the respondent was grossly abused and mistreated by one or more officers (not Constables Sills and Lapierre) and that the police misconduct threw light on their mental attitude in denying the respondent the right to communicate with counsel. On the findings of the trial judge there was a gross abuse of power and a flagrant denial to the respondent of his constitutional rights which cannot be condoned in a free and democratic society. On the facts found by the trial judge he was entitled to hold that the admission of the evidence of the seizure of the narcotics would bring the administration of justice into disrepute and, on the facts found by him, I would have reached the same conclusion.

By contrast, Esson J.A. pointed out that there was no such illegal conduct in this case. Unlike the trial judge, he thought Constable Bisceglia had a genuine reason to be concerned about the presence of guns and strangers in the apartment and pointed out there was no challenge to the constable's good faith in advancing this reason for wanting to get things "under control." Esson J.A. also disagreed with the trial judge's characterization of the *Charter* violation as a "flagrant denial" of the right to counsel. While any denial of the right to counsel is a serious matter, Esson J.A. stated that some violations are more serious than others. He observed, at p. 587:

It has been said that the right to consult counsel is of such fundamental importance in criminal cases that any violation of the right must be viewed seriously. I do not disagree with that. The fact remains that some violations are more serious than others. In deciding whether to exclude evidence, regard must be had to the relative seriousness of the particular violation. This violation was towards the less serious end of the scale.

[TRADUCTION] Toutefois, le juge du procès a conclu que l'intimé avait été détenu et que, nonobstant le fait qu'il était détenu, on lui avait refusé le droit de communiquer avec un avocat malgré sa demande en ce sens. En outre, il semble ressortir nettement des faits constatés par le juge du procès qu'on a refusé à l'intimé le droit de communiquer avec son avocat après son arrestation. Le juge du procès a également conclu que l'intimé avait été grossièrement malmené et maltraité par au moins un policier (pas les agents Sills et Lapierre) et que l'inconduite des policiers a fait ressortir l'état d'esprit qu'ils avaient en refusant à l'intimé le droit de communiquer avec un avocat. D'après les conclusions du juge du procès, il y a eu abus de pouvoir évident et négation flagrante des droits constitutionnels de l'intimé qui sont inexcusables dans une société libre et démocratique. D'après les faits constatés par le juge du procès, il avait le droit de soutenir que l'utilisation des éléments de preuve découlant de la saisie de stupéfiants serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et, compte tenu des faits qu'il a constatés, je serais arrivé à la même conclusion.

Par ailleurs, le juge Esson a souligné qu'il n'y avait, en l'espèce, aucune conduite illégale de ce genre. Contrairement au juge du procès, il était d'avis que l'agent Bisceglia avait un motif sérieux de s'inquiéter de la présence d'armes à feu et d'étrangers dans l'appartement et il a fait remarquer qu'on n'a pas contesté la bonne foi de l'agent lorsque ce dernier a invoqué ce motif pour prendre la situation «bien en main». De plus, le juge Esson a exprimé son désaccord avec la façon dont le juge de première instance a qualifié la violation de la *Charte*, soit une [TRADUCTION] «négation flagrante» du droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Bien que toute négation du droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat constitue une affaire sérieuse, le juge Esson a affirmé que certaines violations sont plus graves que d'autres. Il a fait remarquer, à la p. 587:

[TRADUCTION] On a dit que le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat est d'une importance si fondamentale en matière criminelle que toute violation de ce droit doit être examinée sérieusement. Je suis d'accord avec cet énoncé. Il n'en demeure pas moins que certaines violations sont plus graves que d'autres. Pour décider si des éléments de preuve doivent être écartés, il faut tenir compte de la gravité relative de la violation particulière. Cette violation se situait à l'échelon des atteintes les moins graves.

He saw nothing exceptional about this case to distinguish it from other cases where the right to counsel was denied, and thought that calling the denial "flagrant" added nothing to the analysis. Esson J.A. believed the trial judge's approach amounted to an automatic exclusion of evidence whenever the right to counsel was violated.

Esson J.A. then went on to consider the scope of the exclusionary rule under s. 24(2). He considered the language of the section and cases in British Columbia and Ontario that had interpreted it. He also made an extensive survey of the automatic exclusion rule in the United States. He concluded that the American rule had evolved in a society much different from Canada, a society of extreme racial prejudice and brutal police misconduct. While the automatic exclusion rule may be necessary in that setting, he did not think it appropriate in Canada. He expressed himself as being in entire agreement with the reasons of Zuber J.A. dissenting in *R. v. Duguay* (1985), 18 D.L.R. (4th) 32 (Ont. C.A.), and added, at p. 589:

Without repeating what he said, I wish to draw attention to certain aspects of the majority judgment which, in my respectful view, illustrate some troubling aspects which underlie the treatment of s. 24(2) as a rule of virtual automatic exclusion. One aspect is the acceptance of the American exclusionary rule as part of our law without considering whether the reasons for its adoption exist in Canada and without regard for its undoubted adverse effects. A second aspect is the tendency to treat police as being inherently untrustworthy and lacking in respect for the law, and as likely to act properly only if exposed to the risk of deterrent measures. Related to this second aspect is a tendency to treat crime as relatively insignificant and thus to regard its prevention and detection as less important to society than control of police behaviour. The two aspects are related in that they find their clearest, if not their only, support in American jurisprudence.

Esson J.A. also considered that the language of s. 24(2) made it clear that exclusion was not to be an

Il n'a rien vu d'exceptionnel dans cette affaire qui justifie de la distinguer des autres cas où il y a eu négation du droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et il était d'avis qu'on n'ajoutait rien à l'analyse en qualifiant la négation de «flagrante». Le juge Esson était d'avis que la position du juge du procès revenait à exclure automatiquement les éléments de preuve chaque fois qu'il y avait violation du droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

Le juge Esson a ensuite examiné la portée de la règle d'exclusion que prévoit le par. 24(2). Il a examiné le texte de la disposition et la jurisprudence de la Colombie-Britannique et de l'Ontario dans laquelle on l'avait interprétée. Il a également fait une étude approfondie de la règle de l'exclusion automatique aux États-Unis. Il a conclu que la règle américaine s'était développée dans une société très différente du Canada, une société où règnent des préjugés raciaux extrêmes et une conduite brutale de la police. Même si la règle de l'exclusion automatique peut être nécessaire dans ce contexte, il a jugé qu'il ne convenait pas de l'appliquer au Canada. Il a dit qu'il souscrivait entièrement aux motifs du juge Zuber, dissident dans l'arrêt *R. v. Duguay* (1985), 18 D.L.R. (4th) 32 (C.A. Ont.), et il a ajouté, à la p. 589:

[TRADUCTION] Sans vouloir répéter ce qu'il a dit, je veux attirer l'attention sur certains aspects du jugement de la majorité qui, à mon avis, illustrent certains aspects troublants qui expliquent que l'on traite le par. 24(2) comme une règle d'exclusion quasi automatique. Le premier aspect est l'acceptation de la règle d'exclusion américaine comme partie de notre droit sans examiner si les raisons pour lesquelles elle a été adoptée existent au Canada et sans tenir compte de ses effets néfastes évidents. Un second aspect est la tendance à traiter la police comme si elle était en soi indigne de confiance et irrespectueuse de la loi et susceptible de n'agir convenablement que si elle s'expose à des mesures dissuasives. En rapport avec ce second aspect, il y a la tendance à traiter le crime comme relativement insignifiant et ainsi à considérer sa prévention et sa détection comme moins importantes pour la société que le contrôle du comportement de la police. Les deux aspects sont reliés en ce qu'ils trouvent leur appui le plus évident, sinon le seul, dans la jurisprudence américaine.

Le juge Esson a également tenu compte du fait que le texte du par. 24(2) dit clairement que

automatic remedy for every *Charter* violation. He concluded that exclusion should be confined to those relatively rare cases where there is some real reason to describe a *Charter* violation as flagrant, and in which exclusion would not unduly prejudice the public interest in law enforcement. Esson J.A. concluded that even if there had been a causal connection in this case, there was very little in the circumstances which would justify a conclusion that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. Since there was no causal connection, the remedy of exclusion was clearly not appropriate.

Esson J.A. also rejected the accused's argument that the search warrant was invalid. He thought that the position was simply that only two of the four authorized officers carried out the search, with the assistance of two other officers. In such circumstances the search was lawful. Since no other challenge to the search was made, there was no breach of s. 8.

IV

Issues

The accused appeals as of right, under s. 618(2)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, from the setting aside of the acquittal by the British Columbia Court of Appeal. The respondent Crown concedes the appellant's right to counsel under s. 10(b) was violated, but argues that the evidence should not be excluded. Two major issues are raised by the appeal: (1) was the search invalid because it did not comply with the requirements of s. 10 of the *Narcotic Control Act* and was thus unreasonable under s. 8 of the *Charter* and (2) should the evidence discovered in the search have been excluded under s. 24(2) of the *Charter* because of the denial of the right to counsel or the alleged breach of s. 8?

l'exclusion ne doit pas constituer un redressement automatique pour toutes les violations de la *Charte*. Il a conclu que l'exclusion devait être réservée aux affaires relativement rares où il existe un motif réel de qualifier de flagrante une violation de la *Charte* et où l'exclusion ne porterait pas indûment préjudice à l'intérêt public en matière d'application de la loi. Le juge Esson a conclu que, même s'il avait existé un lien de causalité dans cette affaire, il y avait très peu de choses dans les circonstances qui justifieraient une conclusion que l'utilisation des éléments de preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Étant donné qu'il n'y avait pas de lien de causalité, il est clair que le redressement consistant à ordonner l'exclusion n'était pas approprié.

Le juge Esson a également rejeté l'argument de l'accusé selon lequel le mandat de perquisition n'était pas valide. Il était d'avis que la situation se résumait au fait que seulement deux des quatre policiers autorisés avaient effectué la perquisition avec l'aide de deux autres. Dans de telles circonstances, la perquisition était légale. En l'absence d'aucune autre contestation de la perquisition, il n'y avait aucune violation de l'art. 8.

IV

Les questions en litige

L'accusé se pourvoit de plein droit, aux termes de l'al. 618(2)a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, contre l'annulation de l'acquiescement par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Le ministère public intime reconnaît qu'il y a eu violation du droit à l'assistance d'un avocat que garanti à l'appelant l'al. 10b), mais il soutient que la preuve recueillie ne doit pas être écartée. Le pourvoi soulève deux questions principales: (1) la perquisition était-elle invalide pour le motif qu'elle ne respectait pas les exigences de l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants* et qu'elle était ainsi abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*? et (2) les éléments de preuve découverts lors de la perquisition auraient-ils dû être écartés aux termes du par. 24(2) de la *Charte* en raison de la négation du droit à l'assistance d'un avocat, ou de la violation présumée de l'art. 8?

Counsel for the appellant alleges that the Court of Appeal erred in holding that:

- (a) The incriminating evidence obtained by the police in this case should be treated differently from other classes of evidence, such as the result of a breathalyzer test, when considering whether or not it should be excluded under section 24(2) of the Charter;
- (b) the admission of the evidence obtained while the rights of the Appellant under Section 10(b) of the Charter were being denied, would not bring the administration of justice into disrepute;
- (c) a search conducted pursuant to a search warrant issued under section 10(2) of the *Narcotic Control Act*, supra, which authorized four named peace officers to search, was valid notwithstanding that the search was conducted by four peace officers, only two of whom were so named.

V

The Validity of the Search Warrant

Although the appellant's argument concentrates largely on the exclusion of evidence, he also contests the validity of the search warrant and the substitution of two unnamed officers for two of the named officers. The appellant argues that the substitution was not authorized by the *Narcotic Control Act* and that the search was illegal. He argues from this that the search was in breach of s. 8 of the *Charter*, which would be an additional reason to exclude the evidence under s. 24(2).

One of the appellant's points can be disposed of very quickly. Appellant in his factum argues that the search warrant was invalid from the start, because s. 10(2) of the *Narcotic Control Act* speaks of "a peace officer named therein". Appellant argues that since s. 10(2) uses the singular, it is questionable whether a warrant under s. 10(2) can name more than one peace officer. This argument is answered completely by s. 26(7) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, which states: "Words in the singular include the plural, and words in the plural include the singular."

L'avocat de l'appellant allègue que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que:

[TRADUCTION]

- a) les éléments de preuve incriminants obtenus par la police en l'espèce devraient être traités différemment des autres catégories d'éléments de preuve, comme le résultat d'un alcootest, lorsqu'on examine la question de savoir s'ils devraient être écartés aux termes du paragraphe 24(2) de la Charte;
- b) l'utilisation des éléments de preuve obtenus alors qu'il y avait négation des droits garantis à l'appellant par l'alinéa 10b) de la Charte ne serait pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice;
- c) la perquisition effectuée conformément à un mandat de perquisition décerné en vertu du paragraphe 10(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, précitée, qui autorisait quatre agents de la paix y nommés à perquisitionner, était valide nonobstant le fait qu'elle avait été effectuée par quatre agents de la paix dont seulement deux étaient nommés dans le mandat.

V

e La validité du mandat de perquisition

Bien que l'argumentation de l'appellant porte principalement sur l'exclusion d'éléments de preuve, il conteste également la validité du mandat de perquisition et du remplacement de deux agents nommés par deux autres non nommés. L'appellant soutient que cette substitution n'était pas autorisée par la *Loi sur les stupéfiants* et que la perquisition était illégale. Il fait valoir, à partir de cela, que la perquisition était contraire à l'art. 8 de la *Charte*, ce qui constituerait une raison supplémentaire d'écarter les éléments de preuve en application du par. 24(2).

L'un des moyens de l'appellant peut être réglé très rapidement. L'appellant soutient, dans son mémoire, que le mandat de perquisition était invalide au départ étant donné que le par. 10(2) de la *Loi sur les stupéfiants* parle d'«un agent de la paix y nommé». L'appellant soutient que puisque le par. 10(2) emploie le singulier, on peut se demander si un mandat décerné aux termes du par. 10(2) peut nommer plus d'un agent de la paix. On trouve une réponse complète à cet argument dans le par. 26(7) de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23, qui dispose: «Les mots écrits au singu-

Section 10(2) of the *Narcotic Control Act* authorizes a justice to name more than one officer in the warrant. The warrant in this case was validly issued.

The next question is whether the substitution of the two unnamed officers for two of the named officers affected the validity of the warrant. The appellant argues there is no authority in the *Narcotic Control Act* to allow the issuing justice to substitute some officers for others. The appellant argues the warrant was invalidly executed because of the improper substitution.

It is not necessary in this case to decide whether a justice can amend a warrant in the way attempted by the justice in this case. The warrant was executed by two of the four named officers. The question is whether or not those two officers could rely on the assistance of other officers, not named in the warrant, to carry out the search. If named officers can be assisted by unnamed officers, it matters not whether the purported substitution was valid.

Two provincial courts of appeal have considered whether a named officer can be assisted by unnamed officers; both have concluded that assistance is permitted. In *R. v. Fekete* (1985), 44 C.R. (3d) 92, the Ontario Court of Appeal (Martin, Zuber and Goodman J.J.A.) held that while a named officer cannot delegate the execution of the warrant to anyone else, he or she can execute the search with the assistance of unnamed officers. Zuber J.A. for the court pointed out that s. 10(4) of the *Narcotic Control Act* expressly authorizes the named officer to call for assistance to break open anything necessary to be searched. Zuber J.A. held that this subsection simply illustrates the power of the named officer to rely on assistants.

The Alberta Court of Appeal considered the same issue in *R. v. Heikel and MacKay* (1984), 57 A.R. 221, in connection with a search warrant issued under the *Food and Drugs Act*, R.S.C.

lier comprennent le pluriel, et le pluriel comprend le singulier.» Le paragraphe 10(2) de la *Loi sur les stupéfiants* autorise un juge de paix à nommer plus d'un agent dans le mandat. En l'espèce, le
a mandat a été validement décerné.

La question suivante est de savoir si le remplacement des deux agents nommés par deux autres non nommés influe sur la validité du mandat. L'appellant soutient qu'il n'y a rien dans la *Loi sur les stupéfiants* qui permette au juge de paix qui décerne le mandat de remplacer des agents. L'appelant soutient que le mandat n'a pas été validement exécuté en raison de cette substitution
c irrégulière.

Il n'est pas nécessaire en l'espèce de décider si un juge de paix peut modifier un mandat de la manière dont a tenté de le faire le juge de paix en l'espèce. Le mandat a été exécuté par deux des quatre agents nommés. La question est de savoir si ces deux agents pouvaient avoir recours à l'aide d'autres agents non nommés dans le mandat pour effectuer la perquisition. Si les agents nommés peuvent être aidés par des agents non nommés, il n'importe pas de savoir si la substitution qui aurait été faite était valide.

Deux cours d'appel provinciales ont examiné la question de savoir si un agent nommé peut être aidé par des agents non nommés; toutes les deux ont conclu que l'aide est permise. Dans l'arrêt *R. v. Fekete* (1985), 44 C.R. (3d) 92, la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Martin, Zuber et Goodman) a conclu que, bien qu'un agent nommé ne puisse déléguer l'exécution du mandat à une autre personne, il peut effectuer la perquisition avec l'aide d'agents non nommés. Le juge Zuber, s'exprimant au nom de la cour, a souligné que le par. 10(4) de la *Loi sur les stupéfiants* autorise expressément l'agent nommé à demander de l'aide pour forcer, enfoncer ou briser tout ce qui est nécessaire pour effectuer la perquisition. Le juge Zuber a conclu que ce paragraphe illustre simplement le pouvoir de l'agent nommé de compter sur des assistants.

La Cour d'appel de l'Alberta a examiné la même question dans l'arrêt *R. v. Heikel and MacKay* (1984), 57 A.R. 221, relativement à un mandat de perquisition décerné en vertu de la *Loi*

1970, c. F-27. Section 37(2) of that Act is equivalent to s. 10(2) of the *Narcotic Control Act* and requires that the officer be named in the warrant. Kerans J.A., speaking for himself, McClung and Harradence J.J.A., held that the requirement of a named officer is to ensure there is some specified person or persons responsible and accountable for the search. So long as the search and seizures are carried out under the supervision and control of the named officers the purpose of the requirement is met without undermining the rule. Mere assistance by people not named in the warrant does not make the search unlawful. See also *R. v. Lebrocq* (1984), 35 Alta. L.R. (2d) 184 (Alta. Q.B.)

It has even been said in one case that only one officer should be named in the warrant; *R. v. Baylis* (1986), 47 Sask. R. 15 (Sask. Q.B.) Dielschneider J., faced with a warrant that named thirty-four members of the R.C.M.P. and one police service dog, "Rocky", held that the inclusion of all the names was unnecessary and unfortunate. This case was reversed on appeal on a different point.

A warrant issued under s. 10(2) of the *Narcotic Control Act* to search a dwelling place for narcotics is significantly wider in scope than a normal search warrant issued under s. 443 of the *Criminal Code*. For example, a narcotic search warrant can be executed "at any time," while a warrant under s. 443 can normally be executed only during the day (s. 444). In addition, things seized under a *Criminal Code* warrant must be taken by the police officer to a justice for disposition (s. 443(1)), but there is no such requirement under s. 10(2). The requirement that the officer be named in the warrant to search for narcotics, first enacted in s. 10(2) of the *Narcotic Control Act*, S.C. 1960-61, c. 35, is an important restriction that appears to have been added to counterbalance the wider scope of a search warrant issued under the

des aliments et drogues, S.R.C. 1970, chap. F-27. Le paragraphe 37(2) de cette loi équivaut au par. 10(2) de la *Loi sur les stupéfiants* et exige que l'agent soit nommé dans le mandat. Le juge Kerans, s'exprimant en son propre nom et en celui des juges McClung et Harradence, a conclu que l'exigence qu'un agent soit nommé a pour objet d'assurer qu'une seule ou plusieurs personnes déterminées soient responsables de la perquisition. Dans la mesure où la perquisition et les saisies sont effectuées sous la surveillance et le contrôle des agents nommés, on satisfait à l'objet de cette exigence sans miner la règle. La simple assistance de personnes non nommées dans le mandat n'a pas pour effet de rendre la perquisition illégale. Voir également *R. v. Lebrocq* (1984), 35 Alta. L.R. (2d) 184 (B.R. Alb.)

On a même dit dans une affaire qu'un seul agent devrait être nommé dans le mandat; *R. v. Baylis* (1986), 47 Sask. R. 15 (B.R. Sask.) Le juge Dielschneider, appelé à examiner un mandat qui nommait trente-quatre membres de la G.R.C. et un chien policier appelé, «Rocky», a conclu que l'inscription de tous les noms était inutile et regrettable. Cette affaire a été infirmée en appel sur un autre point.

Un mandat décerné en vertu du par. 10(2) de la *Loi sur les stupéfiants* pour effectuer une perquisition dans une maison d'habitation afin de découvrir des stupéfiants a une portée beaucoup plus grande qu'un mandat de perquisition normal décerné en application de l'art. 443 du *Code criminel*. Par exemple, un mandat de perquisition décerné en vue de découvrir des stupéfiants peut être exécuté «à toute heure», tandis qu'un mandat décerné en application de l'art. 443 ne peut normalement être exécuté que de jour (art. 444). De plus, les choses saisies en vertu d'un mandat décerné conformément au *Code criminel* doivent être apportées par l'agent de police à un juge de paix pour qu'il en dispose (par. 443(1)), mais le par. 10(2) ne comporte aucune exigence de cette nature. L'exigence que l'agent soit nommé dans le mandat de perquisition décerné en vue de découvrir des stupéfiants, qui a été édictée pour la première fois au par. 10(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.C. 1960-61, chap. 35, constitue une

section. There must be some person responsible for the way the search is carried out.

This requirement is met when the officer or officers named in the warrant execute it personally and are responsible for the control and conduct of the search. The use of unnamed assistants in the search does not violate the requirement of s. 10(2) so long as they are closely supervised by the named officer or officers. It is the named officers who must set out the general course of the search and direct the conduct of any assistants. If the named officers are truly in control, participate in the search, and are present throughout, then the use of assistants does not invalidate the search or the warrant.

The concern of Dielschneider J. in *R. v. Baylis* seems to have been that naming too many officers may foster irresponsibility. The warrant should make it clear who is in charge of, and responsible for, the search. Several courts have held that the naming requirement is not met by a warrant directed to a particular set of peace officers: *R. v. Goodbaum* (1977), 1 C.R. (3d) 152 (Ont. C.A.); *Campbell v. Clough* (1979), 23 Nfld. & P.E.I.R. 249 (P.E.I.S.C.); *R. v. Davidson* (1982), 40 N.B.R. (2d) 702 (N.B.Q.B.T.D.); *R. v. Newson* (1985), 41 Alta. L.R. (2d) 375 (Alta. Q.B.) Listing an entire drug squad by name in a warrant may undermine the effectiveness of the naming requirement just as much as a failure to name anyone at all.

The facts of this case suggest that the requirement of s. 10(2) was met. Constable Bisceglia, one of the named officers, appears to have been in charge of the search. The decision when to execute the warrant was made by him, and he seems to have directed the search procedure once the police were admitted to the apartment. The respondent admits that the two unnamed officers found some of the materials seized and may have touched

restriction importante qui semble avoir été ajoutée pour faire contrepoids à la portée plus large d'un mandat de perquisition décerné en application de l'article. Il doit y avoir une personne responsable de la manière dont la perquisition est effectuée.

L'exigence est respectée lorsque l'agent ou les agents nommés dans le mandat l'exécutent en personne et sont responsables du contrôle de la perquisition et de la manière dont elle est exécutée. Le recours à des assistants non nommés pour effectuer la perquisition ne viole pas l'exigence que pose le par. 10(2) dans la mesure où ils sont étroitement surveillés par l'agent ou les agents nommés. Ce sont les agents nommés qui doivent établir l'orientation générale de la perquisition et diriger tous les assistants. Si les agents nommés contrôlent vraiment la situation, s'ils participent à la perquisition et sont présents en tout temps, alors le recours à des assistants n'a pas pour effet d'invalider la perquisition ou le mandat.

Le juge Dielschneider, dans la décision *R. v. Baylis*, semble s'être inquiété du fait que la nomination d'un trop grand nombre d'agents peut favoriser une certaine irresponsabilité. Le mandat devrait préciser clairement qui est responsable de la perquisition. Plusieurs tribunaux ont statué que l'exigence en matière de nomination n'est pas respectée par un mandat adressé à un groupe particulier d'agents de la paix: *R. v. Goodbaum* (1977), 1 C.R. (3d) 152 (C.A. Ont.), *Campbell v. Clough* (1979), 23 Nfld. & P.E.I.R. 249 (C.S.Î.-P.-É.), *R. v. Davidson* (1982), 40 N.B.R. (2d) 702 (B.R.D.P.I.N.-B.), *R. v. Newson* (1985), 41 Alta. L.R. (2d) 375 (B.R. Alb.) L'inscription d'une brigade antidrogue au complet dans un mandat est susceptible de réduire l'efficacité de l'exigence en matière de nomination tout autant que l'omission de nommer quelqu'un.

Il se dégage des faits de l'espèce que l'exigence du par. 10(2) a été respectée. L'agent Bisceglia, l'un des agents nommés, paraît avoir été responsable de la perquisition. C'est lui qui a décidé du moment de l'exécution du mandat et qui semble avoir dirigé la perquisition une fois les agents entrés dans l'appartement. L'intimée admet que les deux agents non nommés ont trouvé certains articles saisis et qu'ils peuvent y avoir touché, mais ce

them, but they were taken into possession by the named officers who had the direction of the search. The validity of the search should not depend on the minor details of the actual physical process of execution. The important point is that the search was conducted under the close control and supervision of two officers named in the warrant.

The facts of this case do not suggest that s. 8 of the *Charter* was breached. In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, the Court established the importance of advance authorization for searches by an impartial official capable of acting judicially. Faced with a suspect who was about to leave town and the loss of two of the named officers, Constable Bisceglia telephoned the justice for permission to substitute two other officers. Even if the substitution was not authorized by the *Narcotic Control Act*, Constable Bisceglia showed respect for the spirit of s. 8 of the *Charter* and awareness of the limitations on police search powers. The search warrant was validly issued and validly executed.

VI

Section 10(b) and the Right to Counsel

The respondent has conceded in this Court and in the Court of Appeal, that the police violated the appellant's right to counsel when they refused to allow him to telephone a lawyer until after he was taken to the police station. Because of that concession, it is not necessary to consider the violation of the right to counsel in depth in this case, but it is nevertheless opportune to comment on one aspect.

The trial judge rejected the argument that Constable Bisceglia needed to get the situation "under control" before allowing any telephone calls and held that the violation of the right to counsel occurred as soon as the Constable refused to let the appellant telephone his lawyer. Esson J.A. disagreed with the trial judge on this point and held that Constable Bisceglia's concern to stabilize

sont les agents nommés qui dirigeaient la perquisition qui en ont pris possession. La validité de la perquisition ne devrait pas dépendre des détails mineurs du processus d'exécution réel et matériel.

^a L'important est que la perquisition a été effectuée sous le contrôle et la surveillance étroite de deux agents nommés dans le mandat.

^b D'après les faits de l'espèce, il n'y a pas eu violation de l'art. 8 de la *Charte*. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, la Cour a établi l'importance de l'autorisation préalable des perquisitions par un officier de justice impartial dans le cadre de ses fonctions. Étant donné que le suspect était sur le point de quitter la ville et que l'agent Bisceglia avait perdu les services de deux des agents nommés, ce dernier a téléphoné au juge de paix pour lui demander la permission de substituer deux autres agents. Même si cette substitution n'était pas autorisée par la *Loi sur les stupéfiants*, l'agent Bisceglia a démontré qu'il respectait l'esprit de l'art. 8 de la *Charte* et qu'il était conscient des limites des pouvoirs de perquisition de la police. Le mandat de perquisition a été validement décerné et validement exécuté.

VI

L'alinéa 10b) et le droit à l'assistance d'un avocat

^f L'intimée a reconnu, devant cette Cour et devant la Cour d'appel, que les policiers ont violé le droit de l'appelant d'avoir recours aux services d'un avocat, en lui refusant l'autorisation de téléphoner à un avocat jusqu'à ce qu'il soit amené au poste de police. Pour cette raison, il n'est pas nécessaire, en l'espèce, d'examiner de manière approfondie la violation du droit à l'assistance d'un avocat, mais il convient néanmoins de faire des observations sur un aspect de cette question.

^g Le juge du procès a rejeté l'argument selon lequel l'agent Bisceglia devait avoir la situation «bien en main» avant de permettre un appel téléphonique et il a conclu que la violation du droit à l'assistance d'un avocat s'est produite dès que l'agent eut refusé de permettre l'appelant de téléphoner à son avocat. Le juge Esson n'était pas d'accord avec le juge du procès sur ce point et il a

the situation was a proper one. Although it is not necessary to decide the point in this case, I would be inclined to agree with Esson J.A. The combination of an arrest in the accused's home, the presence of two unknown people, and the knowledge that two restricted weapons were in the apartment, was a potentially volatile situation. It is true the accused had the proper registration permits for the weapons, but, notwithstanding, the possibility of their use was a serious matter for a police officer to consider while taking a person into custody. In my opinion, Constable Bisceglia was justified in preventing any new factors from entering the situation until some of the unknowns had been clarified. Thus I would say that the violation of s. 10(b) did not occur when Constable Bisceglia initially prevented the appellant from telephoning his counsel. But once the accused had been arrested, the weapons located, and the other two people had left, the police were clearly in control and there was no reason why they should not have allowed the appellant to telephone a lawyer. I would hold that the denial of counsel began from that point.

VII

Section 24 and the Exclusion of Evidence

Counsel for the Crown submitted that the narcotics should not be excluded under s. 24(2). The respondent advanced two arguments for this submission. First, the Crown contended that there was no direct relationship between the breach of the accused's right to counsel and the discovery of the drugs. Absent a causal connection, the evidence could not be said to have been obtained in a manner that infringed the *Charter*, and therefore s. 24(2) could not be invoked to exclude the evidence in question. Second, and in the alternative, the respondent submitted that on the test enunciated in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, for

conclu que le souci qu'avait l'agent Bisceglia de stabiliser la situation était légitime. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de trancher ce point en l'espèce, je serais porté à souscrire à l'opinion du juge Esson. La conjugaison de certains facteurs, savoir l'arrestation dans la maison de l'accusé, la présence de deux inconnus et la connaissance du fait qu'il y avait deux armes à autorisation restreinte dans l'appartement, faisait en sorte que la situation pouvait être explosive. Il est vrai que l'accusé détenait les certificats d'enregistrement appropriés pour ces armes, mais il reste que la possibilité qu'elles soient utilisées constitue un facteur sérieux qu'un policier doit prendre en considération lorsqu'il arrête une personne. À mon avis, l'agent Bisceglia était justifié d'empêcher que de nouveaux facteurs viennent s'ajouter à la situation jusqu'à ce que certaines inconnues aient été clarifiées. Je suis donc d'avis que la violation du par. 10b) ne s'est pas produite quand l'agent Bisceglia a, au départ, empêché l'appelant de téléphoner à son avocat. Mais une fois l'accusé arrêté, les armes trouvées et les deux autres personnes parties, les policiers avaient de toute évidence la situation bien en main et il n'y avait aucune raison les justifiant de ne pas permettre à l'appelant de téléphoner à un avocat. Je suis d'avis de conclure que la négation du droit à l'assistance d'un avocat a commencé à ce moment-là.

VII

L'article 24 et l'exclusion de la preuve

Le substitut du procureur général a soutenu que les stupéfiants n'auraient pas dû être écartés en vertu du par. 24(2). L'intimée a présenté deux arguments à l'appui de cette position. En premier lieu, le ministère public a soutenu qu'il n'y avait aucun lien direct entre la violation du droit de l'accusé d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et la découverte des drogues. En l'absence d'un lien de causalité, on ne pouvait dire que les éléments de preuve avaient été obtenus d'une manière contraire à la *Charte* et, par conséquent, le par. 24(2) ne pouvait être invoqué pour écarter les éléments de preuve en question. En second lieu et subsidiairement, l'intimée a soutenu que d'après le critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, relativement à l'exclusion en applica-

exclusion under s. 24(2), the evidence ought not to be excluded. I will consider each of these arguments in turn.

A. *Was the Evidence Obtained in a Manner that Infringed the Charter?*

The respondent's first argument rests on a restrictive interpretation of the scope of s. 24(2). Section 24(2) is a special remedial provision. It is set apart from s. 24(1), the general remedial section of the *Charter*. Section 24(2) sets out the conditions in which the exclusion of evidence may be granted in an application for a remedy under s. 24(1). In *R. v. Therens* and *R. v. Collins*, majorities of the Court held that s. 24(2) provides the sole basis for the exclusion of evidence; evidence cannot be excluded under s. 24(1) alone. The wording of s. 24(2) suggests that two conditions must be met before evidence will be excluded: (i) the evidence must be "obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed" by the *Charter* and (ii) the admission of the evidence in the proceedings "would bring the administration of justice into disrepute". In Crown counsel's submission, there must be a causal connection between the *Charter* breach and the evidence sought to be excluded. Evidence does not clear the first hurdle in s. 24(2) unless it is the product of, or derived from the exploitation of, a *Charter* violation.

This Court has discussed the meaning of the phrase "obtained in a manner that infringed or denied rights and freedoms guaranteed by this *Charter*" on only one occasion. In *R. v. Therens*, Le Dain and Lamer JJ. each considered the first requirement of s. 24(2). Le Dain J., speaking for himself and McIntyre J. in dissent, suggested that the first branch of s. 24(2) generally requires only a temporal connection. He rejected a more stringent interpretation calling for a causal connection between the *Charter* violation and the discovery of the evidence (at p. 649):

tion du par. 24(2), les éléments de preuve ne devraient pas être écartés. J'examinerai chacun de ces arguments à tour de rôle.

A. *Les éléments de preuve ont-ils été obtenus d'une manière contraire à la Charte?*

Le premier argument de l'intimée s'appuie sur une interprétation restrictive de la portée du par. 24(2). Le paragraphe 24(2) est une disposition réparatrice spéciale. Il se distingue du par. 24(1) qui constitue la disposition réparatrice générale de la *Charte*. Le paragraphe 24(2) énonce les conditions auxquelles l'exclusion d'éléments de preuve peut être accordée dans une demande de réparation aux termes du par. 24(1). Dans les arrêts *R. c. Therens* et *R. c. Collins*, la Cour à la majorité a conclu que seul le par. 24(2) permet d'écartier des éléments de preuve; un élément de preuve ne peut être écarté en application du par. 24(1) seulement. Le texte du par. 24(2) laisse entendre que deux conditions doivent être respectées pour que des éléments de preuve puissent être écartés: (i) les éléments de preuve doivent avoir été «obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis» par la *Charte*, et (ii) l'utilisation de ces éléments de preuve doit être «susceptible de déconsidérer l'administration de la justice». Selon la thèse du substitut du procureur général, il doit y avoir un lien de causalité entre la violation de la *Charte* et l'élément de preuve que l'on cherche à faire écartier. Un élément de preuve ne peut franchir le premier obstacle que pose le par. 24(2) s'il résulte ou découle de l'exploitation d'une violation de la *Charte*.

Cette Cour n'a discuté qu'à une seule occasion du sens des mots «obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente *Charte*». Dans l'arrêt *R. c. Therens*, les juges Le Dain et Lamer ont tous les deux examiné la première exigence du par. 24(2). Le juge Le Dain, exprimant une dissidence en son propre nom et en celui du juge McIntyre, a laissé entendre que la première partie du par. 24(2) n'exige généralement que l'existence d'un lien temporel. Il a rejeté une interprétation plus stricte exigeant l'existence d'un lien de causalité entre la violation de la *Charte* et la découverte des éléments de preuve (à la p. 649):

In my opinion the words "obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter" particularly when they are read with the French version, *obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte*, do not connote or require a relationship of causation. It is sufficient if the infringement or denial of the right or freedom has preceded, or occurred in the course of, the obtaining of the evidence. It is not necessary to establish that the evidence would not have been obtained but for the violation of the *Charter*. Such a view gives adequate recognition to the intrinsic harm that is caused by a violation of a *Charter* right or freedom, apart from its bearing on the obtaining of evidence. I recognize, however, that in the case of derivative evidence, which is not what is in issue here, some consideration may have to be given in particular cases to the question of relative remoteness.

Lamer J. disagreed with the view that a temporal link is sufficient for the purposes of the first branch of s. 24(2). He was of the view that there must be some additional nexus between the *Charter* violation and the evidence but, he did not elaborate on what this requirement might be. Justice Estey, speaking for himself and Beetz, Chouinard and Wilson J.J., did not address the question but applied s. 24(2) to exclude breathalyser readings taken in violation of the accused's right to counsel.

In the present appeal, Esson J.A. rejected the Crown's submission that s. 24(2) requires a causal link between the *Charter* infringement and the discovery of the evidence. He considered *R. v. Therens* and held that it did not stand for the proposition that s. 24(2) requires a causal nexus. In his view the language of s. 24(2) militated against such an interpretation. If present, a causal link was one factor to take into account in the later s. 24(2) determination whether admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. Esson J.A. concluded that the evidence was obtained in a manner that infringed the *Charter*.

À mon avis, les mots anglais *obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter*, particulièrement lorsqu'ils sont rapprochés de leur version française «obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte», ne connotent ou n'exigent aucun lien de causalité. Il suffit que la violation ou la négation du droit ou de la liberté soit survenue avant ou pendant l'obtention de la preuve. Il n'est pas nécessaire d'établir que la preuve n'aurait pas été obtenue n'eût été la violation de la *Charte*. Un tel point de vue reconnaît suffisamment le préjudice intrinsèque que cause la violation d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* sans parler de son incidence sur l'obtention d'éléments de preuve. Je conviens toutefois que, dans le cas d'une preuve dérivée, ce dont il n'est pas question en l'espèce, il peut parfois être nécessaire d'examiner la question de l'absence relative du lien de causalité.

Le juge Lamer n'était pas d'accord avec le point de vue selon lequel l'existence d'un lien temporel était suffisante aux fins de la première partie du par. 24(2). Il était d'avis qu'il devait y avoir un autre lien entre la violation de la *Charte* et les éléments de preuve, mais il n'a pas donné de détails sur ce que pourrait être cette exigence. Le juge Estey, s'exprimant en son propre nom et en celui des juges Beetz, Chouinard et Wilson, n'a pas abordé la question mais il a appliqué le par. 24(2) pour écarter les résultats de l'alcootest effectué contrairement au droit de l'accusé d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

En l'espèce, le juge Esson a rejeté l'argument du ministère public selon lequel le par. 24(2) exige un lien de causalité entre la violation de la *Charte* et la découverte des éléments de preuve. Il a examiné l'arrêt *R. c. Therens* puis a conclu qu'il n'appuyait pas la thèse selon laquelle le par. 24(2) exige un lien de causalité. À son avis, le texte du par. 24(2) militait contre une telle interprétation. S'il était présent, le lien de causalité constituait un facteur dont il fallait tenir compte lorsque venait ensuite le temps de déterminer, conformément au par. 24(2), si l'utilisation de ces éléments de preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Le juge Esson a conclu que les éléments de preuve avaient été obtenus d'une manière contraire à la *Charte*.

I am inclined to agree with Esson J.A. and to reject the approach to the first requirement of s. 24(2) advanced by the Crown. In my view, reading the phrase "obtained in a manner" as imposing a causation requirement creates a host of difficulties. A strict causal nexus would place the courts in the position of having to speculate whether the evidence would have been discovered had the *Charter* violation not occurred. Speculation on what might have happened is a highly artificial task. Isolating the events that caused the evidence to be discovered from those that did not is an exercise in sophistry. Events are complex and dynamic. It will never be possible to state with certainty what would have taken place had a *Charter* violation not occurred. Speculation of this sort is not, in my view, an appropriate inquiry for the courts.

A causation requirement also leads to a narrow view of the relationship between a *Charter* violation and the discovery of evidence. Requiring a causal link will tend to distort the analysis of the conduct that led to the discovery of evidence. The inquiry will tend to focus narrowly on the actions most directly responsible for the discovery of evidence rather than on the entire course of events leading to its discovery. This will almost inevitably lead to an intellectual endeavour essentially amounting to "splitting hairs" between conduct that violated the *Charter* and that which did not.

An illustration of this problem may be drawn from the decision of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Cohen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 156. The facts of that case are very similar to those of *R. v. Collins*. The accused was under surveillance for possession of cocaine by the R.C.M.P. Drug Squad. As the accused left an apartment building and approached her car, an R.C.M.P. officer grabbed her and placed a choke hold on her throat. The choke hold revealed nothing. A female R.C.M.P. officer then frisked the accused and searched her purse. Several packets of cocaine

Je suis porté à souscrire à l'opinion du juge Esson et à rejeter la façon d'interpréter la première exigence du par. 24(2), proposée par le ministère public. À mon avis, interpréter les mots «obtenus dans des conditions» comme créant une exigence de causalité soulève toute une série de difficultés. Un lien de causalité strict exigerait des tribunaux qu'ils se demandent si les éléments de preuve auraient été découverts s'il n'y avait pas eu violation de la *Charte*. Conjecturer sur ce qui aurait pu arriver représente une tâche extrêmement artificielle. Distinguer les événements qui ont permis d'obtenir les éléments de preuve de ceux qui ne l'ont pas fait relève du sophisme. Les événements sont complexes et changeants. Il ne sera jamais possible de préciser ce qui serait arrivé s'il n'y avait pas eu de violation de la *Charte*. À mon avis, ce genre de conjectures ne constitue pas une méthode d'examen appropriée pour les tribunaux.

Une exigence de causalité entraîne également une interprétation restrictive du lien qui existe entre une violation de la *Charte* et la découverte des éléments de preuve. Le fait d'exiger un lien de causalité aura tendance à fausser l'analyse de la conduite qui a mené à la découverte des éléments de preuve. L'examen aura tendance à porter strictement sur les actes qui ont contribué le plus directement à la découverte des éléments de preuve plutôt que sur l'ensemble des événements qui ont mené à cette découverte. Une telle situation entraînera presque inévitablement un exercice intellectuel équivalant essentiellement à «se couper les cheveux en quatre» pour distinguer la conduite qui était contraire à la *Charte* de celle qui ne l'était pas.

On peut trouver une illustration de ce problème dans l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique *R. v. Cohen* (1983), 5 C.C.C. (3d) 156. Les faits de cet arrêt sont très semblables à ceux de l'arrêt *R. c. Collins*. L'accusée, qui était soupçonnée de possession de cocaïne, faisait l'objet d'une surveillance par l'escouade antidrogue de la G.R.C. Au moment où l'accusée a quitté un immeuble d'appartements et s'est approchée de sa voiture, un agent de la G.R.C. l'a saisie et l'a prise à la gorge. La prise à la gorge n'a rien révélé. Un agent de la G.R.C. de sexe féminin a ensuite

were discovered inside the accused's purse. Defence counsel conceded that there were reasonable and probable grounds for believing that the accused was in possession of cocaine. The Crown conceded that the choke hold was unreasonable, the R.C.M.P. officer having testified that persons generally do not carry cocaine in the mouth.

The majority (Taggart and Craig J.J.A.) of the British Columbia Court of Appeal held that the cocaine was not obtained as a result of an unreasonable search. The majority drew a distinction between the choke hold which was unreasonable, and the subsequent frisk of the accused's person and search of her purse which did not violate s. 8. In reaching this conclusion, the majority adopted a strict causal approach to the actions that culminated in the discovery of the cocaine. They did not consider the drugs found in the accused's purse tainted in any way by the earlier choke hold. Anderson J.A. in dissent rejected this approach. He regarded as narrow and technical the Crown's contention that the drugs could only be excluded under s. 24(2) if they had been found as a direct result of choking the accused. Such an interpretation, Anderson J.A. suggested, would render almost nugatory the purposes sought to be achieved by the inclusion of s. 24(2) in the *Charter*. I agree with Anderson J.A. that the approach of the majority is overly narrow. In my view, directing the initial inquiry in s. 24(2) to the existence of a causal connection between the *Charter* violation and the evidence whose exclusion is sought will encourage this type of restrictive approach to the rights and freedoms guaranteed by the *Charter*.

Imposing a causation requirement in s. 24(2) would generally have the effect of excluding from consideration under that section much of the real evidence obtained following a violation of the right to counsel. Violations of the right to counsel may

fouillé l'accusée et son sac à main. Plusieurs sachets de cocaïne ont été trouvés dans le sac à main de l'accusée. L'avocat de la défense a reconnu qu'il y avait des motifs raisonnables et probables de croire que l'accusée était en possession de cocaïne. Le ministère public a reconnu que la prise à la gorge était abusive, l'agent de la G.R.C. ayant témoigné qu'en général les gens ne transportent pas de cocaïne dans la bouche.

Les juges formant la majorité (les juges Taggart et Craig) de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont conclu que la cocaïne n'avait pas été obtenue par suite d'une fouille abusive. Les juges formant la majorité ont établi une distinction entre la prise à la gorge qui était abusive et la fouille subséquente de l'accusée et de son sac à main qui n'était pas contraire à l'art. 8. En arrivant à cette conclusion, les juges formant la majorité ont adopté une façon stricte d'aborder, sur le plan de la causalité, les actions qui ont abouti à la découverte de la cocaïne. Ils n'ont pas jugé que la découverte de drogue dans le sac à main de l'accusée était entachée de quelque manière que ce soit par la prise à la gorge antérieure. Le juge Anderson, dissident, a rejeté ce point de vue. Il a considéré comme étant restrictif et formaliste l'argument du ministère public selon lequel la drogue ne pouvait être écartée en vertu du par. 24(2) que si elle avait été trouvée directement par suite de la prise à la gorge de l'accusée. Le juge Anderson a laissé entendre qu'une telle interprétation enlèverait presque toute valeur aux objectifs visés par l'inclusion du par. 24(2) dans la *Charte*. Je suis d'accord avec le juge Anderson pour dire que le point de vue de la majorité est trop restrictif. À mon avis, si l'on fait porter la première étape de l'examen prévu au par. 24(2) sur l'existence d'un lien de causalité entre la violation de la *Charte* et les éléments de preuve dont l'exclusion est demandée, cela aura pour effet d'encourager l'adoption de cette façon restrictive d'aborder les droits et libertés garantis par la *Charte*.

L'imposition d'une exigence de causalité dans le par. 24(2) aurait généralement pour effet d'exclure de l'examen aux termes de ce paragraphe une grande partie de la preuve matérielle obtenue par suite de la violation du droit à l'assistance d'un

frequently occur in the course of a valid arrest or, as in the present appeal, in the execution of a valid search power. In these situations, real evidence discovered on the person of the accused or in the course of the search will not, subject to one exception, have a direct causal relationship with the denial of the right to counsel. Derivative evidence, obtained as a direct result of a statement or other indication made by the accused, is the only type of real evidence that may be said to be causally connected to violations of the right to counsel in these situations. With the exception of derivative evidence, infringements of the right to counsel occurring in the course of arrest or execution of a search warrant, can only be causally connected to self-incriminating evidence. *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, is a case in point. A strict causal requirement would tend to preclude real evidence discovered after a violation of s. 10(b) from being considered under s. 24(2) of the *Charter*.

In situations other than valid arrest or reasonable execution of a search warrant, it may be possible to argue that the presence of counsel might have prevented the discovery of real evidence. This could be the case, for example, under the personal search provisions of the *Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40, considered in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, or under the provisions of the new *Customs Act*, S.C. 1986, c. 1. These provisions permit a person about to be searched to request a second authorization before the search is conducted. Persons who are not given the opportunity to consult counsel in this situation may be unaware of their right to request a second opinion and the search may proceed without further authorization. It would be possible to argue that had the person been informed of the right to counsel, counsel would have advised the person to demand a second opinion and this might have been that a search should not be conducted. Imposing a causal requirement would result in treating viola-

avocat. Les violations du droit à l'assistance d'un avocat peuvent souvent se produire dans le cadre d'une arrestation valide ou, comme dans le présent pourvoi, au cours de l'exercice d'un pouvoir valide de perquisition. Dans de telles situations, les éléments de preuve matérielle découverts sur la personne de l'accusé ou pendant la perquisition n'auront pas, sous réserve d'une seule exception, un lien de causalité direct avec la négation du droit à l'assistance d'un avocat. La preuve dérivée obtenue directement par suite d'une déclaration ou d'une autre indication de l'accusé constitue le seul genre de preuve matérielle dont on peut dire qu'elle a un lien de causalité avec les violations du droit à l'assistance d'un avocat dans de telles situations. À l'exception de la preuve dérivée, les atteintes au droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat qui se produisent dans le cadre d'une arrestation ou de l'exécution d'un mandat de perquisition ne peuvent avoir un lien de causalité qu'avec des éléments de preuve qui ont un effet auto-incriminant. L'arrêt *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, est intéressant sur ce point. Imposer un lien de causalité strict aurait tendance à empêcher que les éléments de preuve matérielle découverts après une violation de l'al. 10b) soient examinés en application du par. 24(2) de la *Charte*.

Dans les situations autres que l'arrestation valide ou l'exécution raisonnable d'un mandat de perquisition, il peut être possible de soutenir que la présence d'un avocat aurait pu éventuellement empêcher la découverte d'éléments de preuve matérielle. Par exemple, ce pourrait être le cas sous le régime des dispositions en matière de fouille personnelle de la *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, chap. C-40, examinées dans l'arrêt *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, ou des dispositions de la nouvelle *Loi sur les douanes*, S.C. 1986, chap. 1. Ces dispositions autorisent une personne qui est sur le point d'être fouillée à demander une seconde autorisation avant que la fouille ne puisse être effectuée. Il se peut que les personnes qui n'ont pas la possibilité de consulter un avocat dans ces circonstances ignorent leur droit de demander une seconde opinion et que la fouille soit effectuée sans autre autorisation. Il serait possible de faire valoir que si la personne avait été informée de son droit d'avoir recours à

tions of s. 10(b) differently depending on the role counsel could have performed and would invite idle speculation on what might have happened if the accused had exercised the right to counsel.

In my view, it is not useful to create a requirement in the first stage of s. 24(2) that would separate violations of s. 10(b) into two categories based on the role of counsel. Nor is it fruitful to read into the first stage a condition that would limit the scope of s. 24(2) to self-incriminating or derivative evidence for certain s. 10(b) violations. Ordinarily only a few *Charter* rights, ss. 8, 9 and 10, will be relevant to the gathering of evidence and therefore to the remedy of exclusion under s. 24(2). So long as a violation of one of these rights precedes the discovery of evidence, for the purposes of the first stage of s. 24(2) it makes little sense to draw distinctions based on the circumstances surrounding the violation or the type of evidence recovered. A better approach, in my view, would be to consider all evidence gathered following a violation of a *Charter* right, including the right to counsel, as within the scope of s. 24(2).

In my view, all of the pitfalls of causation may be avoided by adopting an approach that focuses on the entire chain of events during which the *Charter* violation occurred and the evidence was obtained. Accordingly, the first inquiry under s. 24(2) would be to determine whether a *Charter* violation occurred in the course of obtaining the evidence. A temporal link between the infringement of the *Charter* and the discovery of the evidence figures prominently in this assessment, particularly where the *Charter* violation and the discovery of the evidence occur in the course of a single transaction. The presence of a temporal connection is not, however, determinative. Situations will arise where evidence, though obtained

l'assistance d'un avocat, l'avocat lui aurait conseillé de demander une seconde opinion qui aurait pu porter que la fouille ne devait pas être effectuée. Imposer un lien causalité aurait pour résultat
 a que les violations de l'al. 10b) seraient traitées différemment selon le rôle joué par l'avocat et d'inciter à faire des conjectures futiles sur ce qui aurait pu se passer si l'accusé avait exercé son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

b
 À mon avis, il est inutile de créer une exigence dans la première étape du par. 24(2) qui séparerait les violations de l'al. 10b) en deux catégories selon le rôle joué par l'avocat. Il n'est pas non plus utile
 c d'interpréter la première étape comme une condition qui limiterait la portée du par. 24(2) à la preuve ayant un effet auto-incriminant ou dérivée dans le cas de certaines violations de l'al. 10b).
 d Seuls quelques droits garantis par la *Charte*, c'est-à-dire ceux visés aux art. 8, 9 et 10, sont utiles aux fins de l'obtention d'éléments de preuve et, par conséquent, de la réparation que constitue l'exclusion prévue au par. 24(2). Dans la mesure
 e où une violation de l'un de ces droits précède la découverte d'éléments de preuve il n'est pas logique, aux fins de la première étape du par. 24(2), d'établir des distinctions fondées sur les circonstances entourant la violation ou le genre d'éléments de preuve obtenus. J'estime qu'il serait préférable de considérer que tous les éléments de
 f preuve obtenus par suite d'une violation d'un droit garanti par la *Charte*, y compris le droit à l'assistance d'un avocat, relèvent du par. 24(2).
 g

À mon avis, tous les pièges que pose la question de la causalité peuvent être évités par l'adoption d'un point de vue qui met l'accent sur toute la suite
 h des événements pendant lesquels la violation de la *Charte* s'est produite et les éléments de preuve ont été obtenus. En conséquence, la première étape de l'examen prévu au par. 24(2) consisterait à déterminer si une violation de la *Charte* a été commise
 i en recueillant des éléments de preuve. L'existence d'un lien temporel entre la violation de la *Charte* et la découverte des éléments de preuve revêt une importance particulière dans cette évaluation, surtout lorsque la violation de la *Charte* et la découverte des éléments de preuve se produisent au
 j cours d'une seule et même opération. Toutefois, la

following the breach of a *Charter* right, will be too remote from the violation to be "obtained in a manner" that infringed the *Charter*. In my view, these situations should be dealt with on a case by case basis. There can be no hard and fast rule for determining when evidence obtained following the infringement of a *Charter* right becomes too remote.

If a *Charter* violation has occurred in the course of obtaining the evidence, the analysis will proceed to the second, and in my view the more important, branch of s. 24(2), whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. In *R. v. Collins*, the Court articulated a comprehensive test for the second branch of s. 24(2). Lamer J. for the majority, identified three groups of factors to be considered in the course of this inquiry. The first group concerns the fairness of the trial. The nature of the evidence, whether it is real evidence or self-incriminating evidence produced by the accused, will be relevant to this determination. The second group relates to the seriousness of the *Charter* violation. Consideration will focus on the relative seriousness of the violation, whether the violation was committed in good faith or was of a merely technical nature or whether it was willful, deliberate and flagrant, whether the violation was motivated by circumstances of urgency or necessity, and whether other investigatory techniques that would not have infringed the *Charter* were available. The final set of factors relates to the disrepute that would arise from exclusion of the evidence. In my view, the three groups of factors encompass aspects of the relationship between the *Charter* violation and the evidence at issue, thereby permitting some examination of the relationship in the course of the core inquiry under s. 24(2). The presence of a causal link will be a factor for consideration under the second branch of s. 24(2).

présence d'un lien temporel n'est pas déterminante. Il y aura des cas où les éléments de preuve, bien qu'ils aient été obtenus suite à la violation d'un droit garanti par la *Charte*, seront trop éloignés de la violation pour avoir été «obtenus dans des conditions» qui portent atteinte à la *Charte*. À mon avis, ces situations devraient être considérées individuellement. Il ne peut y avoir de règle stricte pour déterminer le moment où les éléments de preuve obtenus par suite de la violation d'un droit garanti par la *Charte* deviennent trop éloignés.

Si une violation de la *Charte* a été commise en recueillant des éléments de preuve, l'analyse portera sur le second, et à mon avis le plus important, volet du par. 24(2), celui qui consiste à déterminer si l'utilisation des éléments de preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Dans l'arrêt *R. c. Collins*, la Cour a énoncé un critère général applicable au second volet du par. 24(2). Le juge Lamer, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité, a identifié trois groupes de facteurs dont il faut tenir compte en procédant à cet examen. Le premier groupe porte sur le caractère équitable du procès. La nature des éléments de preuve, peu importe qu'il s'agisse d'éléments de preuve matérielle ou d'éléments de preuve ayant un effet auto-incriminant présentés par l'accusé, sera pertinente aux fins de cette détermination. Le second groupe concerne la gravité de la violation de la *Charte*. L'examen sera axé sur la gravité relative de la violation, sur les questions de savoir si elle a été commise de bonne foi ou s'il s'agissait d'une simple irrégularité, ou encore si elle était volontaire, intentionnelle ou flagrante, si la violation a été motivée par une situation d'urgence ou de nécessité, et si on aurait pu avoir recours à d'autres méthodes d'enquête qui n'auraient pas porté atteinte à la *Charte*. Le dernier ensemble de facteurs se rapporte à la déconsidération qui résulterait de l'exclusion des éléments de preuve. À mon avis, les trois groupes de facteurs englobent des aspects du lien qui existe entre la violation de la *Charte* et les éléments de preuve contestés, ce qui a pour effet de permettre une certaine analyse de ce lien dans le cadre de l'examen fondamental prévu au par. 24(2). L'existence d'un lien de causalité est un facteur à prendre en considération en vertu du second volet du par. 24(2).

I conclude that the narcotics in this appeal were obtained in a manner that infringed the *Charter*. During the execution of a search of his apartment, the appellant was denied his right to consult counsel. Marijuana was discovered during the course of the search. In my view, this chain of events is sufficient to clear the first branch of s. 24(2). I therefore turn to consider the second branch, whether admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

B. *Would the Admission of the Evidence Bring the Administration of Justice into Disrepute?*

On the basis of the test in *R. v. Collins*, I am of the view that the evidence should not be excluded under s. 24(2). The factors concerning the fairness of the trial are especially important when the right to counsel has been violated because of the concern that an accused has been incriminated by statements improperly elicited by the police. Unlike *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, and *R. v. Manninen, supra*, where the breach of the right to counsel resulted in self-incriminatory statements, no such statements were elicited in this case. Admission of the narcotics themselves would not render the trial unfair.

The second set of factors focusing on the seriousness of the *Charter* breach would also not militate towards exclusion of the evidence. The denial of the right to counsel does not appear to have been part of a larger pattern of disregard for *Charter* rights. The police did not, as in *R. v. Manninen*, goad the accused into talking, nor did they hold him incommunicado for over six hours. The initial reason for the denial of counsel was the desire to stabilize an uncertain situation involving two unknown individuals, two restricted weapons, and an arrest for drug offences in a person's own home. Initially, this was a valid concern. The police erred in not allowing the accused to call a lawyer once the position was stable. The error seems to have been an isolated error of judgment, however, rather than a conscious determination to

Je conclus qu'en l'espèce les stupéfiants ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte à la *Charte*. Pendant qu'on effectuait une perquisition dans son appartement, on a nié à l'appelant le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et de la marijuana a été découverte. À mon avis, cette suite d'événements est suffisante pour régler le premier volet du par. 24(2). Je passe donc au second volet qui consiste à déterminer si l'utilisation des éléments de preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

B. *L'utilisation des éléments de preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice?*

Compte tenu du critère établi dans l'arrêt *R. c. Collins*, je suis d'avis que les éléments de preuve ne devraient pas être écartés en vertu du par. 24(2). Les facteurs concernant l'équité du procès sont particulièrement importants lorsqu'il y a eu violation du droit à l'assistance d'un avocat en raison de la crainte qu'un accusé ait été incriminé par des déclarations obtenues irrégulièrement par la police. Contrairement aux arrêts *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, et *R. c. Manninen*, précité, où la violation du droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat avait entraîné des déclarations ayant un effet auto-incriminant, de telles déclarations n'ont pas été obtenues en l'espèce. L'utilisation en preuve des stupéfiants eux-mêmes ne rendrait pas le procès inéquitable.

Le second ensemble de facteurs axés sur la gravité de la violation de la *Charte* ne militerait pas non plus en faveur de l'exclusion des éléments de preuve. La négation du droit à l'assistance d'un avocat ne paraît pas s'inscrire dans un contexte plus large de non-respect des droits garantis par la *Charte*. Les policiers n'ont pas, comme dans l'affaire *R. c. Manninen*, incité l'accusé à parler et ne l'ont pas mis au secret pendant plus de six heures. La raison initiale de ne pas lui permettre d'avoir recours à l'assistance d'un avocat était la volonté de stabiliser une situation incertaine mettant en cause deux inconnus, deux armes à autorisation restreinte et une arrestation pour infraction en matière de drogue dans la propre maison d'une personne. Au départ, il s'agissait d'une préoccupation valable. Les policiers ont commis une erreur

take advantage of the accused before allowing him to speak to counsel. The police seem to have assumed that they could finish the search before taking the accused to the station where he could telephone a lawyer. They were wrong to assume the routine search took priority over the accused's right to counsel, but the motive seems to have been convenience rather than a desire to trap the accused into talking.

Constable Bisceglia's earlier conduct over the search warrant is an important factor to consider in judging the overall situation. When faced with a sudden change in circumstances and the possibility that the suspect would leave town, he took the time to telephone the justice for permission to substitute the two people on the warrant. That is not the action of a police officer likely to ignore or short-change *Charter* rights: it is the careful action of a police officer aware of the limitations on his authority who appreciated the need for prior permission for searches. While Constable Bisceglia erred later in his denial of counsel to the accused, that denial of counsel does not appear to have been part of a pattern of abuse of *Charter* rights.

The final group of factors relates to the effects of exclusion on the administration of justice. Routine exclusion of evidence necessary to substantiate charges may itself bring the administration of justice into disrepute. Any denial of a *Charter* right is serious, but s. 24(2) is not an automatic exclusionary rule. Not every breach of the right to counsel will result in the exclusion of evidence. In this case where the breach of the right to counsel was inadvertent and where there was no mistreatment of the accused, exclusion of the evidence rather than its admission would tend to bring the

en ne permettant pas à l'accusé de téléphoner à un avocat une fois la situation stabilisée. Toutefois, il semble qu'il se soit agi d'une erreur de jugement isolée plutôt qu'une décision consciente de tirer avantage de l'accusé avant de lui permettre de parler à un avocat. Les policiers semblent avoir présumé qu'ils pouvaient terminer la perquisition avant d'amener l'accusé au poste où il pourrait téléphoner à un avocat. Ils ont présumé à tort que la perquisition de routine avait préséance sur le droit de l'accusé d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, mais cela semble s'expliquer par des raisons de commodité plutôt que par la volonté d'inciter l'accusé à parler.

La conduite antérieure de l'agent Bisceglia à l'égard du mandat de perquisition constitue un facteur important qu'il faut prendre en considération en jugeant l'ensemble de la situation. Lorsqu'il a dû faire face à un changement subit de circonstances et à la possibilité que le suspect quitte la ville, il a pris le temps de téléphoner au juge de paix afin d'obtenir la permission de remplacer les deux personnes nommées dans le mandat. Ce n'est pas là le fait d'un agent de police susceptible d'ignorer les droits garantis par la *Charte* ou de ne pas leur prêter suffisamment d'attention. Il s'agit de l'acte prudent d'un agent de police conscient des limites de son pouvoir qui a jugé nécessaire de demander une autorisation avant d'effectuer une perquisition. Bien que l'agent Bisceglia ait commis une erreur par la suite en refusant à l'accusé l'autorisation d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, ce refus ne paraît pas s'inscrire dans un contexte de non-respect des droits garantis par la *Charte*.

Le dernier groupe de facteurs se rapporte aux effets de l'exclusion sur l'administration de la justice. L'exclusion de routine d'éléments de preuve nécessaires pour justifier des accusations est elle-même susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Toute négation d'un droit garanti par la *Charte* est grave, mais le par. 24(2) n'établit pas une règle d'exclusion automatique. Ce n'est pas toute violation du droit à l'assistance d'un avocat qui entraîne l'exclusion des éléments de preuve. Dans la présente affaire où la violation du droit à l'assistance d'un avocat a été commise par inadver-

administration of justice into disrepute. I am therefore of the view that the evidence of the marijuana ought not to have been excluded at trial.

VIII

Conclusion

The search in this case did not breach the requirements of s. 10(2) of the *Narcotic Control Act*. It was not unreasonable under s. 8 of the *Charter*. There was a denial of the accused's right to counsel under s. 10(b) of the *Charter*, but the evidence should not be excluded under s. 24(2) as its admission would not bring the administration of justice into disrepute.

The appeal should be dismissed and the order of the Court of Appeal for a new trial should be upheld.

The following are the reasons delivered by

LAMER J.—I concur in the reasons of the Chief Justice. Because of what I said in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, I should like to add brief comments to what the Chief Justice has said as regards when “evidence is obtained in a manner that infringed the *Charter*”.

With the benefit of hindsight and the observations of the Chief Justice, I am now satisfied that the approach proposed by Le Dain J. in *R. v. Therens* is, from a practical point of view, the better one. The requirement for some “nexus”, as I suggested, would be too difficult a test to apply.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—I have had the benefit of reading the Chief Justice's reasons for judgment and although I am in agreement with his disposition of the appeal I differ in some of my reasoning.

tance et où l'accusé n'a pas subi de mauvais traitement, c'est l'exclusion des éléments de preuve plutôt que leur utilisation qui serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Je suis, a par conséquent, d'avis que l'élément de preuve constitué à la marijuana n'aurait pas dû être écarté au procès.

VIII

Conclusion

La perquisition en l'espèce n'a pas violé les exigences du par. 10(2) de la *Loi sur les stupéfiants*. Elle n'était pas abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Il y a eu négation du droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat que garantit à l'accusé l'al. 10b) de la *Charte*, mais les éléments de preuve ne devraient pas être écartés en vertu du d par. 24(2), puisque leur utilisation n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel enjoignant de tenir un nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER—Je souscris aux motifs du Juge en chef. Vu ce que j'ai dit dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, j'aimerais ajouter un bref commentaire sur ce que le Juge en chef a dit en ce qui concerne «les éléments de preuve [qui] ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte à la *Charte*».

Avec l'avantage du recul et des observations faites par le Juge en chef, je suis maintenant convaincu que l'approche proposée par le juge Le Dain dans l'arrêt *R. c. Therens* est meilleure du point de vue pratique. La nécessité d'un «lien», comme je le proposais, serait un critère trop difficile à appliquer.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement du Juge en chef et, bien que je sois d'accord avec sa façon de trancher le pourvoi, mon raisonnement diffère du sien à certains égards.

With respect, I cannot accept the Chief Justice's conclusion that the appellant's right to counsel under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was not violated until after the appellant had been arrested, the weapons located, and the other two people in the dwelling-house had left.

Section 10(b) of the *Charter* reads:

10. Every one has the right on arrest or detention

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right;

The right to retain and instruct counsel without delay is available "on arrest or detention". In this case the appellant was arrested once Constable Bisceglia entered the dwelling-house to conduct the search. It was at that time that the appellant was read the standard police warning including the right to counsel guaranteed under the *Charter*. Not surprisingly, it was at that time that the appellant demonstrated his desire to exercise his constitutional right by picking up the telephone and stating that he was going to call his lawyer.

Although it is also understandable that the police, upon entry into the dwelling-house with knowledge that restricted weapons were located on the premises, would desire, in their words, to get "matters under control", I do not think that this allows them to deny the appellant his constitutional right to retain and instruct counsel "without delay". This seems to me to be reading a qualification or limit into s. 10(b) which is simply not there. It is to read the phrase "without delay" as "without unreasonable delay". Section 1 of the *Charter* is the sole source of reasonable limits and they must be "prescribed by law", not imposed by the police in their discretion: see *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 621.

En toute déférence, je ne puis accepter la conclusion du Juge en chef selon laquelle le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, garanti à l'appellant par l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, n'a été violé qu'une fois que celui-ci eut été arrêté, que les armes eurent été trouvées et que les deux autres personnes eurent quitté la maison d'habitation.

L'alinéa 10b) de la *Charte* est ainsi rédigé:

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

Le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat existe «en cas d'arrestation ou de détention». En l'espèce, l'arrestation de l'appellant a eu lieu une fois que l'agent Bisceglia fut entré dans la maison d'habitation pour y effectuer la perquisition. C'est à ce moment-là qu'on a lu à l'appellant la mise en garde d'usage de la police et notamment le droit, garanti par la *Charte*, d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Comme on pouvait s'y attendre, c'est à ce moment-là également que l'appellant a manifesté le désir d'exercer le droit que lui garantissait la Constitution, en décrochant le téléphone et en déclarant qu'il allait appeler son avocat.

Bien qu'il soit également compréhensible que les policiers, à leur entrée dans la maison d'habitation alors qu'ils savaient que des armes à autorisation restreinte s'y trouvaient, aient voulu, pour reprendre leurs propres termes, avoir [TRADUCTION] «la situation bien en main», je ne crois pas que cela leur permettait de nier à l'appellant le droit, garanti par la Constitution, d'avoir recours «sans délai» à l'assistance d'un avocat. Cela me semble revenir à percevoir dans l'al. 10b) une restriction ou limite qui ne s'y trouve tout simplement pas. Cela revient à donner à l'expression «sans délai» le sens de «sans délai excessif». L'article premier de la *Charte* est la seule source de limites qui soient raisonnables, et celles-ci doivent être prescrites «par une règle de droit» et non pas imposées à la discrétion des policiers: voir *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la p. 621.

The danger in reading internal limits or qualifications into the plain language and clear purpose of s. 10(b) can be readily seen in this case. After the appellant was arrested and denied his right to contact his lawyer, Constable Bisceglia proceeded to question him about his use of drugs. This kind of questioning which involves an attempt to acquire incriminating evidence in the absence of counsel is, with respect, the very mischief that s. 10(b) was designed to prevent: see *R. v. Therens, supra*; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; and *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233.

It apparently took approximately forty minutes for the police to get matters under control. This may very well have been necessary given the particular circumstances of this case, but is this a norm that the courts are free to substitute for the constitutional standard of "without delay"? Surely not. I think that the implication of variable limits into s. 10(b) depending on an assessment of what may be required for the police to obtain control in any particular fact situation is a slippery slope which not only removes all certainty as to the citizen's rights under s. 10(b) but is completely inconsistent with its plain words and purpose. I agree with the Chief Justice that the appellant's right to counsel was violated but I believe that the violation occurred when, upon the appellant's arrest, he was denied the right to telephone his lawyer.

If I am right in this, what is the effect of the violation of the appellant's right to counsel on the search of the appellant's premises? I agree with the Chief Justice that the search warrant was validly issued. No question arises in this case as to whether the law authorizing the search is reasonable. It clearly is. As the Chief Justice concludes, the search warrant was authorized in advance of the search by an impartial official capable of acting judicially. That does not, however, in my

On peut facilement constater en l'espèce le danger qu'il y a à percevoir des restrictions ou limites intrinsèques dans le texte et l'objet clairs et nets de l'al. 10b). Après que l'appelant eut été arrêté et privé du droit de communiquer avec son avocat, l'agent Bisceglia s'est mis à lui poser des questions concernant l'usage qu'il faisait des drogues. Ce genre d'interrogatoire, qui vise notamment à obtenir des éléments de preuve incriminants en l'absence d'un avocat constitue, à mon sens, le méfait même que l'al. 10b) vise à empêcher: voir *R. c. Therens*, précité, *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, et *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233.

Il a fallu apparemment environ quarante minutes pour que les policiers aient la situation bien en main. Il se peut fort bien que cela ait été nécessaire vu les circonstances particulières de la présente affaire, mais est-ce là une norme que les tribunaux sont libres de substituer à celle que la Constitution prescrit en utilisant les mots «sans délai»? Sûrement pas. Je crois qu'en prêtant des limites variables à l'al. 10b) en fonction de ce qu'on estime pouvoir être nécessaire aux policiers pour qu'ils aient les choses bien en main dans une situation précise, on s'engage sur un terrain glissant, ce qui, en plus d'enlever toute certitude quant aux droits que l'al. 10b) garantit au citoyen, est tout à fait incompatible avec le texte et l'objet clairs et nets de cette disposition. Je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire qu'il y a eu violation du droit de l'appelant à l'assistance d'un avocat, mais je pense que celle-ci s'est produite lorsque, au moment de son arrestation, on a refusé à l'appelant le droit de téléphoner à son avocat.

Si j'ai raison sur ce point, quel effet la violation du droit de l'appelant à l'assistance d'un avocat a-t-elle sur la perquisition dans l'appartement de l'appelant? Je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire que le mandat de perquisition a été validement décerné. Il ne se pose en l'espèce aucune question quant à savoir si la loi qui autorise la perquisition est raisonnable. Elle l'est clairement. Comme le conclut le Juge en chef, le mandat de perquisition a été décerné préalablement à la perquisition par un fonctionnaire impartial en mesure d'agir de façon judiciaire. J'estime

view conclude the inquiry as to whether the requirements of s. 8 have been met.

As I discussed in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, and *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548, I do not believe that a search which is conducted in face of a violation of the citizen's *Charter* rights can be a reasonable search under s. 8. There is nothing in the legislation authorizing the issuance of search warrants which expressly or by necessary implication or by the operating requirements of the legislation overrides the citizen's s. 10(b) rights: see *R. v. Therens*, *supra*. There is nothing in the circumstances of this case to suggest that there was an urgent reason for the police to proceed with their investigation and attempt to obtain evidence before according the appellant his right to communicate with his counsel: see *R. v. Clarkson*, *supra*, at p. 397; *R. v. Manninen*, *supra*, at p. 1242. Accordingly, the search which was proceeded with in violation of the appellant's s. 10(b) rights was unconstitutional.

As will be apparent from the above, it is my view that the appellant's right to counsel was violated from the time that, having been informed that he was under arrest and had the right to counsel, he was denied the use of the telephone to call his lawyer. As in *R. v. Simmons*, *supra*, and *R. v. Jacoy*, *supra*, this violation of the right to counsel made the search *per se* unconstitutional and, accordingly, unreasonable.

The constitutional right to retain and instruct counsel without delay is, without question, an extremely important right in the administration of criminal justice. It is not surprising that it is guaranteed to persons without qualification upon detention and arrest. To my mind a continuing denial of that constitutional right during an otherwise reasonable search must *prima facie* render the manner in which the search was conducted unreasonable. Given the constable's explanation as to why he denied the appellant access to the telephone, I cannot accept that the situation was one of such urgency so as to justify the continued

toutefois que cela ne règle pas la question de savoir si on a satisfait aux exigences de l'art. 8.

Comme je l'ai dit dans les arrêts *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, et *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548, je ne crois pas qu'une perquisition effectuée en dépit d'une violation des droits que la *Charte* garantit au citoyen puisse être raisonnable au sens de l'art. 8. Il n'y a rien qui soit expressément prévu par la loi autorisant la délivrance des mandats de perquisition, ou qui découle nécessairement de ses termes ou de ses conditions d'application, qui l'emporte sur les droits garantis au citoyen par l'al. 10b): voir *R. c. Therens*, précité. Il n'y a rien dans les circonstances de la présente affaire qui laisse supposer que les policiers avaient quelque motif urgent de procéder à l'enquête et d'essayer d'obtenir des éléments de preuve avant d'accorder à l'appellant le droit de communiquer avec son avocat: voir *Clarkson*, précité, à la p. 397; *R. c. Manninen*, précité, à la p. 1242. Par conséquent, la perquisition qui a été effectuée à l'encontre des droits garantis à l'appellant par l'al. 10b) est inconstitutionnelle.

Comme il ressort de ce qui précède, je suis d'avis qu'il y a eu violation du droit de l'appellant à l'assistance d'un avocat à partir du moment où, après qu'on l'eut informé qu'il était en état d'arrestation et qu'il avait le droit de recourir à un avocat, on lui a refusé la permission d'utiliser le téléphone pour appeler son avocat. Comme dans les arrêts *R. c. Simmons* et *R. c. Jacoy*, précités, cette violation du droit à l'assistance d'un avocat a rendu la perquisition inconstitutionnelle en soi et, par conséquent, abusive.

Le droit, garanti par la Constitution, d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat est incontestablement un droit extrêmement important dans le domaine de l'administration de la justice en matière criminelle. Il n'est pas étonnant qu'il soit garanti sans restriction aux gens en cas de détention et d'arrestation. À mon avis, le fait de continuer à nier ce droit constitutionnel durant une perquisition par ailleurs non abusive, doit à première vue rendre abusive la manière dont la perquisition s'est effectuée. Compte tenu de l'explication fournie par l'agent quant au motif qui l'a incité à refuser à l'appellant l'accès au téléphone, je

denial of the right to counsel. Permitting the appellant to telephone his lawyer would not have interfered with the police officer's efforts to locate the restricted weapons and get "matters under control". This is not to say, however, that there may not be situations in which the police for their own safety have to act in the heat of the moment to subdue the suspect and may be excused for not pausing to advise the suspect of his rights and permit him to exercise them, but this is not one of those cases. It would be unfortunate indeed if the exception were to become the rule and one of the fundamental rights of the citizen was to be so easily gainsaid.

I agree with the Chief Justice for the reasons given by him that the admission of the evidence in this case would not bring the administration of justice into disrepute.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: David Roberts, Q.C., Vancouver.

Solicitor for the respondent: Frank Iacobucci, Ottawa.

ne puis accepter que la situation était urgente au point de justifier la continuation de la négation du droit d'avoir recours à un avocat. Permettre à l'appelant de téléphoner à son avocat n'aurait pas gêné les efforts déployés par le policier en vue de découvrir les armes à autorisation restreinte et d'avoir «la situation bien en main». Cela ne veut pas dire, cependant, qu'il ne peut pas y avoir des circonstances où les policiers, en vue d'assurer leur propre sécurité, doivent agir dans le feu de l'action pour maîtriser le suspect et où ils peuvent être excusés de ne pas s'être arrêtés pour informer ce dernier de ses droits et lui permettre de les exercer, mais ce n'est pas le cas en l'espèce. Il serait malheureux en effet que l'exception devienne la règle et que l'un des droits fondamentaux du citoyen puisse être nié aussi facilement.

Je souscris aux motifs du Juge en chef selon lesquels l'utilisation des éléments de preuve en l'espèce ne serait pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: David Roberts, c.r., Vancouver.

Procureur de l'intimée: Frank Iacobucci, Ottawa.



*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 7, 1988 Vol. 2

and

Tables

7^e cahier, 1988 Vol. 2

et

Tables

Cited as [1988] 2 S.C.R. { i-1
1015-1144

Renvoi [1988] 2 R.C.S. { i-1
1015-1144

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

Deputy Registrar & Chief Law Editor
ANNE ROLAND, LL.L.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secretary
CAROLE LOISELLE

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, 1989.

CONTENTS

Title Page	i
List of Judges.....	ii
Errata	iv
Motions	v
Table of Judgments	xi
Table of Cases Cited	xix
Statutes and Regulations Cited	xxxvii
Authors Cited	xlv
Index	1129

Peralta v. Ontario 1045

Constitutional law — Delegation — Federal government empowered to make regulations for management of fisheries — Licensing function delegated to provincial minister without setting species quotas — Right of provincial minister to set quotas implicit in federal legislation — Want of provincial jurisdiction to regulate commercial fisheries by general legislation not entailing want of jurisdiction to regulate provincially-owned fisheries as an aspect of administration of provincial public property.

Continued on next page

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

Registraire adjoint & Arrêtiiste en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET

Secrétaire
CAROLE LOISELLE

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, 1989.

SOMMAIRE

Page titre	i
Liste des juges.....	iii
Errata	iv
Requêtes	v
Table des jugements	xv
Table de la jurisprudence	xix
Lois et règlements cités	xli
Doctrine citée	xlv
Index	1137

Peralta c. Ontario 1045

Droit constitutionnel — Délégation — Pouvoir réglementaire fédéral en matière de gestion des pêcheries — Délégation de l'octroi de permis au ministre provincial sans quotas par espèces — Droit du ministre provincial de fixer des quotas implicites dans la législation fédérale — Le fait que la province n'a pas compétence pour réglementer les pêcheries commerciales par une législation d'application générale n'entraîne pas qu'elle n'a pas compétence pour réglementer ses pêcheries dans le cadre de son pouvoir d'administration de son domaine public.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Jacobs 1047

Criminal law — Directed verdict — Sufficiency of identification evidence — Whether trial judge erred in directing a verdict of acquittal.

R. v. Mailloux 1029

Criminal law — Appeal — Powers of the Court of Appeal — Defence of insanity raised at trial — Jury's verdict of guilty — Court of Appeal refusing to interfere with jury's verdict because there was evidence to support it — Whether Court of Appeal had a duty under s. 613(1)(d) of the Criminal Code to review the evidence and to arrive at its own conclusion on the issue of insanity — Whether verdict unreasonable — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(a), (d).

Sparling v. Quebec (Caisse de dépôt et placement du Québec) 1015

Crown — Immunity — Provincial Crown agent purchasing shares of a corporation governed by federal statute — Agent refusing to submit insider report as required by federal statute — Whether agent bound by insider reporting provisions — Application of the benefit/burden exception to Crown immunity — Canada Business Corporations Act, S.C. 1974-75-76, c. 33, s. 122(2), (4) — Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 16.

U.E.S., local 298 v. Bibeault 1048

Labour law — Certification — Transfer of rights and obligations — Janitorial services contract terminated by school board and awarded to new subcontractor — Labour commissioner erred in finding an operation by another of the undertaking and recorded transfer of rights and obligations between subcontractors — Excess of jurisdiction — Conditions in which s. 45 of Labour Code applies: continuity of undertaking and requirement of legal relation between successive employers — Definition of undertaking — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 45, 46.

Judicial review — Labour Court and labour commissioner — Jurisdiction — Error as to legislation interpretation of which not within jurisdiction of labour commissioner — Labour commissioner and Labour Court erred in finding an operation by another of the undertaking and recorded transfer of rights and obligations covered by s. 45 of Labour Code — Jurisdictional error — Writ of evocation granted — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 45, 46.

Administrative law — Prerequisite — Difficulty in applying concept of prerequisite — New approach to questions of jurisdiction.

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Jacobs 1047

Droit criminel — Verdict imposé — Suffisance de la preuve d'identification — Le juge du procès a-t-il eu tort d'imposer un verdict d'acquiescement?

R. c. Mailloux 1029

Droit criminel — Appel — Pouvoirs de la Cour d'appel — Aliénation mentale invoquée comme moyen de défense au procès — Verdict de culpabilité prononcé par le jury — Refus de la Cour d'appel de modifier le verdict du jury pour le motif que des éléments de preuve l'appuient — La Cour d'appel était-elle tenue, en vertu de l'art. 613(1)d) du Code criminel, d'examiner la preuve et de tirer sa propre conclusion sur la question de l'aliénation mentale? — Le verdict était-il déraisonnable? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)a), d).

Sparling c. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec) 1015

Couronne — Immunité — Achat par un agent de la couronne du chef d'une province d'actions d'une société régie par une loi fédérale — Refus de l'agent de produire le rapport d'initié exigé par la loi fédérale — L'agent est-il lié par les dispositions relatives au rapport d'initié? — Application de l'exception fondée sur les avantages et les obligations à l'immunité de la Couronne — Loi sur les sociétés commerciales canadiennes, S.C. 1974-75-76, chap. 33, art. 122(2), (4) — Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 16.

U.E.S., local 298 c. Bibeault 1048

Droit du travail — Accréditation — Transmission des droits et obligations — Contrat d'entretien ménager résilié par une commission scolaire et octroyé à un nouveau sous-traitant — Commissaire du travail concluant erronément à l'existence d'une concession d'une entreprise et constatant la transmission des droits et obligations entre les sous-traitants — Excès de compétence — Conditions d'application de l'art. 45 du Code du travail: continuité de l'entreprise et nécessité d'un lien de droit entre employeurs successifs — Définition de l'entreprise — Code du travail, L.R.Q., chap. C-27, art. 45, 46.

Contrôle judiciaire — Tribunal du travail et commissaire du travail — Compétence — Erreur sur une disposition législative dont l'interprétation ne relève pas de la compétence du commissaire du travail — Commissaire du travail et Tribunal du travail concluant erronément à l'existence d'une concession d'une entreprise et constatant la transmission des droits et obligations visés à l'art. 45 du Code du travail — Erreur d'ordre juridictionnel — Bref d'évocation accordé — Code du travail, L.R.Q., chap. C-27, art. 45, 46.

Droit administratif — Condition préalable — Difficultés d'application de la notion de condition préalable — Nouvelle façon de cerner les questions d'ordre juridictionnel.



1988 Volume 2

Canada Supreme Court Reports

Published pursuant to the Statute by

GUY Y. GOULARD, Q.C.
Registrar of the Court

Deputy Registrar & Chief Law Editor
Anne Roland, LL.L.

Director of Publications
Odile Calder

Law Editors
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.

Revisor
Richard Berberi

Co-ordinator, Editorial Services
Gisèle Boulay

Editorial Assistants
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet

Secretary
Carole Loiselle

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Publié conformément à la Loi par

GUY Y. GOULARD, C.R.
Registraire de la Cour

Registraire adjoint & Arrêtiste en chef
Anne Roland, LL.L.

Directrice des publications
Odile Calder

Arrêtistes
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.

Réviseur
Richard Berberi

Coordonnatrice, Service de l'édition
Gisèle Boulay

Adjointes à l'édition
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet

Secrétaire
Carole Loiselle

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable BRIAN DICKSON, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable JEAN BEETZ

The Honourable WILLIAM ROGERS MCINTYRE

The Honourable ANTONIO LAMER

The Honourable BERTHA WILSON

The Honourable GERALD LE DAIN

The Honourable GERARD V. LA FOREST

The Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

The Honourable JOHN SOPINKA

On the 10th day of November 1988, the Honourable JEAN BEETZ, a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada, resigned from the Bench.

On the 30th day of November 1988, the Honourable GERALD LE DAIN, a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada, resigned from the Bench.

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 WILLIAM ROGERS MCINTYRE

L'honorable ANTONIO LAMER

L'honorable BERTHA WILSON

L'honorable GERALD LE DAIN

L'honorable GÉRARD V. LA FOREST

L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

L'honorable JOHN SOPINKA

L'honorable JEAN BEETZ, juge puîné à la Cour suprême du Canada, a résigné ses fonctions le 10 novembre 1988.

L'honorable GERALD LE DAIN, juge puîné à la Cour suprême du Canada, a résigné ses fonctions le 30 novembre 1988.

ERRATA

- [1985] 1 S.C.R. p. 344, line *h-6* of the French version. Read “l’arrêt de cette Cour” instead of “l’arrêt de Cour”.
- [1985] 1 R.C.S. p. 344, ligne *h-6* de la version française. Lire «l’arrêt de cette Cour» au lieu de «l’arrêt de Cour».
- [1988] 1 S.C.R. p. 1089, line *e-2* of the English and French versions. Read “28 D.L.R. (4th) 414” instead of “24 D.L.R. (4th) 414”.
- [1988] 1 R.C.S. p. 1089, ligne *e-2* des versions anglaise et française. Lire «28 D.L.R. (4th) 414» au lieu de «24 D.L.R. (4th) 414».
- [1988] 2 S.C.R. p. 251, line *e-5* of the French version. Read “Je n’arrive pas à croire qu’on ait jamais eu l’intention” instead of “Je n’arrive pas à croire qu’on n’ait jamais eu l’intention”.
- [1988] 2 R.C.S. p. 251, ligne *e-5* de la version française. Lire «Je n’arrive pas à croire qu’on ait jamais eu l’intention» au lieu de «Je n’arrive pas à croire qu’on n’ait jamais eu l’intention».
- [1988] 2 S.C.R. p. 485, lines *e-3* and *e-4* of the French version. Read “ne s’applique pas à lui et qu’il est exempté de l’application” instead of “ne s’applique pas à elle et qu’elle est exemptée à l’application”.
- [1988] 2 R.C.S. p. 485, lignes *e-3* et *e-4* de la version française. Lire «ne s’applique pas à lui et qu’il est exempté de l’application» au lieu de «ne s’applique pas à elle et qu’elle est exemptée à l’application».

MOTIONS—REQUÊTES

- 91732 Canada Inc. c. Bedek Investments Ltd.* (Qué.), 21041-42-43-44, leave to appeal refused with costs, 1.12.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Alberta Union of Provincial Employees v. Public Service Employee Relations Board* (Alta.), 21081, leave to appeal refused with costs, 8.12.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Alcan Aluminium Ltd. c. Ville d'Anjou* (Qué.), 21065, leave to appeal refused with costs, 17.11.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Alepin c. Mercure* (Qué.), 20934, leave to appeal refused with costs, 29.9.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Alessandro Building Corporation v. Appel & Co. Inc.* (Ont.), 21013, leave to appeal refused with costs, 1.12.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Arndt v. Arndt* (Man.), 21059, leave to appeal refused with costs, 31.10.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Assembly of the Church of the Universe v. Canada Crushed & Cut Stone Ltd.* (Ont.), 20952, leave to appeal refused with costs, 27.10.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Association française des Conseils scolaires de l'Ontario v. Attorney General for Ontario* (Ont.), 20009, notice of discontinuance filed, 18.10.88, avis de désistement produit.
- Attar c. Fréchette* (Qué.), 21030, leave to appeal refused with costs, 10.11.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Aucoin c. Young* (N.-B.), 20938, leave to appeal refused with costs, 6.10.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bains v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 21160, leave to appeal refused, 22.12.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Beaton v. Minister of National Revenue* (F.C.A.)(N.S.), 21006, leave to appeal refused with costs, 15.12.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Beattie v. The Queen in right of Ontario* (Ont.), 20945, leave to appeal refused, 20.10.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Bélanger c. Lippe* (Qué.), 20924, leave to appeal refused with costs, 31.10.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bilodeau c. Pièces et camions R. Raymond Inc.* (Qué.), 20858, leave to appeal refused with costs, 17.11.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Borley v. Bains Trucking Ltd.* (B.C.), 21048, leave to appeal refused with costs, 31.10.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bourassa v. Director of Child and Family Services* (Man.), 21110, leave to appeal granted, 31.10.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Brattberg v. Royal Bank of Canada* (Alta.), 21085, leave to appeal refused with costs, 17.11.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Byer c. Department of Employment and Immigration* (C.A.F.)(Qué.), 21038, leave to appeal refused, 8.12.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Caicedo v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21061, leave to appeal refused, 8.12.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Canadian Broadcasting Corporation v. Cashin* (F.C.A.)(Nfld.), 21082, leave to appeal refused with costs, 15.12.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Canadian Human Rights Commission v. Canadian Pacific Ltd.* (B.C.), 20729, leave to appeal refused with costs, 27.10.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadien National c. Chmielewski* (C.A.F.)(Qué.), 20944, leave to appeal refused with costs, 27.10.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Chopra v. Law Society of Alberta* (Alta.), 20937, leave to appeal refused with costs, 29.9.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Collins v. Michel* (Sask.), 21171, notice of discontinuance filed, 6.12.88, avis de désistement produit.
- Commission de la Santé et de la Sécurité du Travail c. Papeterie Reed Ltée et Beaulieu* (Qué.), 21069, leave to appeal refused with costs, 17.11.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Commission de la Santé et de la Sécurité du Travail c. Papeterie Reed Ltée et Lévesque* (Qué.), 21067, leave to appeal refused with costs, 17.11.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Commission de la Santé et de la Sécurité du Travail c. Papeterie Reed Ltée et Tanguay* (Qué.), 21068, leave to appeal refused with costs, 17.11.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Commission de la Santé et de la Sécurité du Travail c. Texaco Canada Inc.* (Qué.), 21070, leave to appeal refused with costs, 17.11.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Commission des Champs de Bataille nationaux c. Commission de transport de la communauté urbaine de Québec* (Qué.), 20941, leave to appeal granted, 29.9.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Crawford v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 20958, leave to appeal refused, 29.9.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Danson v. The Queen* (Ont.), 20854, leave to appeal granted, 5.12.88, autorisation de pourvoi accordée.
- De Gouveia v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 21009, leave to appeal refused, 1.12.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Derry v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 20995, leave to appeal refused, 5.12.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Deschamps c. Banque nationale du Canada* (Qué.), 20959, leave to appeal refused with costs, 31.10.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Desfosses v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20987, leave to appeal refused, 15.12.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Dias v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 20923, leave to appeal refused, 5.12.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Ezambe c. Emploi et Immigration Canada* (C.A.F.)(Qué.), 21024, leave to appeal refused, 5.12.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Favor v. City of Winnipeg* (Man.), 20951, leave to appeal refused with costs, 29.9.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fletton Ltd. v. Peat Marwick Ltd.* (B.C.), 20957, leave to appeal refused with costs, 30.9.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Friday v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 21117, leave to appeal refused, 15.12.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Gagné c. Centre d'Accueil de Buckingham* (Qué.), 21004, leave to appeal refused with costs, 17.11.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gayme v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20835, leave to appeal granted, 29.9.88, autorisation de pourvoi accordée.
- Georgian Pontiac Buick GMC (1980) Ltd. v. Seddon* (Ont.), 20935, leave to appeal refused with costs, 5.12.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Giroux c. Société Radio-Canada* (Qué.), 21138, leave to appeal refused with costs, 22.12.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gomes v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 20922, leave to appeal refused, 5.12.88, autorisation de pourvoi refusée.

- Grilo v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 21016, leave to appeal refused, 1.12.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Guardian Assurance Co. of Canada v. Foodpro National Inc.* (Ont.), 20930, leave to appeal refused with costs, 31.10.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Harvard House Capital Ltd. v. Microwave Cablevision Ltd.* (B.C.), 17164, notice of discontinuance filed, 22.8.88, avis de désistement produit.
- Hawamda v. United States District Court of the Eastern District of Virginia* (Ont.), 21147, notice of discontinuance filed, 21.10.88, avis de désistement produit.
- Hayes v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 20748, leave to appeal refused, 29.9.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Hitec Financial Services Inc. c. Ville de St-Bruno* (Qué.), 21088, leave to appeal refused with costs, 1.12.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Humenuk v. First Investors Corporation Ltd.* (Alta.), 21026, leave to appeal refused with costs, 1.12.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hunt v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 20830, leave to appeal refused, 30.9.88, autorisation de pourvoi refusée.
- ITT Industries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada* (Crim.)(B.C.), 20682, notice of discontinuance filed, 27.8.88, avis de désistement produit.
- Industries J. S. P. Inc. c. Bois Franc Royal Hardwood Ltée* (Qué.), 21169, leave to appeal refused with costs, 22.12.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- J. Raymond Dupuis Inc. c. Produits Généraux de la Construction (1980) Ltée* (Qué.), 21051, leave to appeal refused with costs, 17.11.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Jones v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 21053, leave to appeal refused, 5.12.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Kalin v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 20950/21104, leave to appeal refused, 29.9.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Klenk III v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20988, leave to appeal refused, 10.11.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Labelle c. Gérard Gignac Inc.* (Qué.), 21119, leave to appeal refused with costs, 22.12.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- La Chappelle v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 21109, leave to appeal refused, 15.12.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Latham v. The Queen* (Crim.)(Man.), 20918, leave to appeal refused, 29.9.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Lavoie c. Squibb Canada Inc.* (Qué.), 20837, leave to appeal refused with costs, 6.10.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lear v. The Queen* (Crim.)(Nfld.), 21032, leave to appeal refused, 30.9.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Leippy v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 20891, leave to appeal refused, 5.12.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Lemelin c. Comité d'appel de la Fonction publique* (C.A.F.)(Qué.), 20925, leave to appeal refused with costs, 6.10.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- London Drugs Ltd. v. City of Red Deer* (Alta.), 21072, leave to appeal refused with costs, 19.9.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Maritime Life Assurance Co. v. Anguish* (Alta.), 20936, leave to appeal refused with costs, 29.9.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Marshall v. Marshall* (Ont.), 21073, leave to appeal refused with costs, 17.11.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Matimak Trading Corporation Ltd. c. Marimac Inc.* (Qué.), 21105, leave to appeal refused with costs, 8.12.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Matz v. The Queen* (Crim.)(Man.), 20998, leave to appeal refused, 15.12.88, autorisation de pourvoi refusée.
- McGrath v. Pendergras* (Alta.), 21017, leave to appeal refused with costs, 15.12.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- McLelland v. The Queen* (Ont.), 20248, notice of discontinuance filed, 25.11.88, avis de désistement produit.
- McPherson v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 21028, leave to appeal refused, 15.12.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Medical Services Commission of British Columbia v. Wilson* (B.C.), 21060, leave to appeal refused with costs, 3.11.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Moreira v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 20888, leave to appeal refused, 5.12.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Mutuar-Societa Di Assicurazioni e Reassicurazioni per Azioni v. Harlock Williams Lemon Ltd.* (Ont.), 20928, leave to appeal refused with costs, 8.12.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Neilson v. Vancouver Hockey Club Ltd.* (B.C.), 20960, leave to appeal refused with costs, 20.10.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ngo-Trong c. Copiexpress de la Mauricie Inc.* (Qué.), 21136, leave to appeal refused with costs, 22.12.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Noubarian v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21007, leave to appeal refused, 8.12.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Nova Construction Co. v. Metropolitan Stores of Canada Ltd.* (N.S.), 21008, notice of discontinuance filed, 24.10.88, avis de désistement produit.
- Ontario English Catholic Teachers Association v. Essex County Roman Catholic Separate School Board* (Ont.), 21145, leave to appeal refused with costs, 10.11.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ontario Human Rights Commission v. Commercial Union Assurance* (Ont.), 21064, 21098, leave to appeal refused with costs, 10.11.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ontario Public Service Employees Union v. Board of Governors of St. Lawrence College of Applied Arts and Technology* (Ont.), 21062, leave to appeal refused with costs, 10.11.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Osei c. Minister of Employment and Immigration* (C.A.F.)(Qué.), 20831, leave to appeal refused, 6.10.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Païement c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 20990, leave to appeal refused, 27.10.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Paquin c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 20861, leave to appeal refused, 27.10.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Patel v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 20098, leave to appeal refused, 5.12.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Percival v. Toronto Homeservice and Maintenance Ltd.* (Ont.), 20912, leave to appeal refused with costs, 29.9.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pères Blancs Missionnaire d'Afrique v. Corporation of the City of Vanier* (Ont.), 21054, leave to appeal refused with costs, 17.11.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Phillips v. Vespini* (Ont.), 21084, leave to appeal refused with costs, 17.11.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pinheiro v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 20889, leave to appeal refused, 5.12.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Premji v. Amoco Acquisition Co.* (Alta.), 21066, leave to appeal refused with costs, 8.12.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Provencher c. Union Québécoise, Compagnie d'Assurances générales Inc.* (Qué.), 21095, leave to appeal refused with costs, 15.12.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Quach v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20779, leave to appeal refused, 6.10.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Quesnel c. Ville d'Aylmer* (Qué.), 21153, leave to appeal refused with costs, 22.12.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. v. Bobbie* (Crim.)(Ont.), 21130, leave to appeal refused, 15.12.88, autorisation de pourvoi refusée.

- R. v. S. (Crim.)(Ont.)*, 20845, leave to appeal granted, 30.9.88, autorisation de pourvoi accordée.
- R. V. P. Enterprises Ltd. v. Attorney General of British Columbia (B.C.)*, 20947, leave to appeal refused, 29.9.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Randhawa v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.)(B.C.)*, 20999, leave to appeal refused, 30.9.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Resendes v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.)(Ont.)*, 21003, leave to appeal refused, 1.12.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Riddell v. McLean (Ont.)*, 21107, leave to appeal refused with costs, 8.12.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rieger v. Burgess (Sask.)*, 20926, leave to appeal refused with costs, 1.9.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Robert J. Fudge Ltd. v. Sisters of Charity of the Immaculate Conception (N.B.)*, 21101, leave to appeal refused with costs, 10.11.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rodrigues v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.)(Ont.)*, 20887, leave to appeal refused, 5.12.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Saf-Wear Gestion Liée c. Great West, Compagnie d'Assurance-Vie (Qué.)*, 20916, leave to appeal refused with costs, 29.9.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Saint John Tile & Terrazzo Co. v. Harding Carpets Ltd. (N.B.)*, 20946, leave to appeal refused with costs, 3.11.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Santos v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.)(Ont.)*, 20908, leave to appeal refused, 5.12.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Sethi v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.)(Man.)*, 21033, leave to appeal refused, 31.10.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Singh (Amar) v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.)(Ont.)*, 21114, leave to appeal refused, 15.12.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Singh (Balbir) v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.)(Ont.)*, 19098, leave to appeal refused, 5.12.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Singh (Harcharan) v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.)(Ont.)*, 21014, leave to appeal refused, 1.12.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Singh (Jaskarn) v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.)(Ont.)*, 20817, leave to appeal refused, 5.12.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Singh (Sarwan) v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.)(Ont.)*, 21129, leave to appeal refused, 15.12.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Singh (Shinder Pal) v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.)(Ont.)*, 19914, leave to appeal refused, 5.12.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Société d'entraide économique de la Baie c. Boyer (Qué.)*, 21079, leave to appeal refused with costs, 15.12.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Société Générale (Canada) v. Siverton Resources Ltd. (Alta.)*, 20982, notice of discontinuance filed, 21.9.88, avis de désistement produit.
- St-Onge c. Commission canadienne des droits de la personne (C.A.F.)(Ont.)*, 21057, leave to appeal refused with costs, 17.11.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 204 c. Produits forestiers E. B. Eddy Ltée (Qué.)*, 20996, leave to appeal refused with costs, 10.11.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Syndicat national des employés des pouvoirs électriques de Shipshaw c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan Ltée (Qué.)*, 20953, leave to appeal refused with costs, 15.12.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Terminaux portuaires du Québec Inc. c. Association des employeurs maritimes* (C.A.F.)(Qué.), 21092, leave to appeal refused with costs, 20.10.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tiginagas v. The Queen* (F.C.A.)(Man.), 21102, leave to appeal refused, 15.12.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Tinmouth c. Concorde, Compagnie d'Assurance* (Qué.), 21134, leave to appeal refused with costs, 22.12.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tinmouth v. Groupe Desjardins, Assurances Générales* (Ont.), 21050, leave to appeal refused with costs, 1.12.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Titan Industries Ltd. v. Attorney General of Canada* (Crim.)(B.C.), 21149, leave to appeal refused, 22.12.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Toronto-Dominion Bank v. Ford Credit Canada Ltd.* (Man.), 20981, leave to appeal refused with costs, 30.9.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Toulon Development Corporation c. Revenue Properties Central Developments Ltd.* (Qué.), 20849, leave to appeal refused with costs, 6.10.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Turpin c. Collège d'enseignement général et professionnel de St-Laurent* (Qué.), 21005, leave to appeal refused with costs, 17.11.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- United Association of Journeymen, Local Union 488 v. MacDonald* (Alta.), 20985, leave to appeal refused with costs, 20.10.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Van Rassel c. Indster* (C.A.F.)(Qué.), 21001, leave to appeal refused, 27.10.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Via Rail Canada Inc. c. Chmielewski* (C.A.F.)(Qué.), 20929, leave to appeal refused with costs, 27.10.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Walker v. Chalmers* (Man.), 20961, leave to appeal refused with costs, 8.12.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Winch v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21029, leave to appeal refused, 15.12.88, autorisation de pourvoi refusée.
- Windsor Roman Catholic Separate School Board v. Corporation of the City of Windsor* (Ont.), 20913, leave to appeal refused with costs, 29.9.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Worthington (Canada) Inc. v. The Queen in right of British Columbia* (B.C.), 21137, leave to appeal refused with costs, 22.12.88, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Zappia c. Directeur du Centre de prévention Parthenais* (Qué.), 20788, notice of discontinuance filed, 20.10.88, avis de désistement produit.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the “Indexed as” entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
A			
Angus v. Sun Alliance Insurance Co.	256	Chesson, R. v.	148
Attorney General see also “Canada” or the name of province		Clark v. Canadian National Railway Co.	680
		Clermont, R. v.	171
		Commission see also “Canada” or the name of province	
B		D	
B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney gen- eral)	214	Devine v. Quebec (Attorney General)	790
Beare, R. v.	387	Dyment, R. v.	417
Beauchesne v. Quebec (Attorney General)	254		
Bernard, R. v.	833	F	
Bibeault, U.E.S., Local 298 v.	1048	Ford v. Quebec (Attorney General)	712
British Columbia (Attorney General), B.C.G.E.U. v.	214	Forget v. Quebec (Attorney General)	90
British Columbia Telephone Co., TWU v.	564		
Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)	279	G	
C		Gagnon, Canada (Canada Employment and Immigration Commission) v.	29
Canada (Attorney General), Canadian Newspa- pers Co. v.	122	Gamble, R. v.	595
Canada (Canada Employment and Immigration Commission) v. Gagnon	29	Gell v. Canadian Pacific Ltd.	271
Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canadian Pacific Ltd.	271	Gillespie, R. v.	653
Canada (Umpire, Unemployment Insurance), Jove v.	53	Girouard, Quebec (Attorney General) v.	254
Canadian National Railway Co., Clark v.	680	Greymac Trust Co. v. Ontario (Ontario Securities Commission)	172
Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)	122	H	
Canadian Pacific Ltd., Canada (Canadian Human Rights Commission) v.	271	Higgins, R. v.	387
Canadian Pacific Ltd., Gell v.	271	I	
Canadian Pacific Ltd. v. Paul	654	Insurance Corporation of British Columbia, Mandzuk v.	650
Chaussure Brown’s Inc., Quebec (Attorney Gen- eral) v.	712		

	PAGE		PAGE
J		P	
Jacobs, R. v.	1047	Papalia, R. v.	137
Jacoy, R. v.	548	Paul, Canadian Pacific Ltd. v.	654
Jove v. Canada (Umpire, Unemployment Insurance).....	53	Peralta v. Ontario	1045
		Petrashuyk v. Law Society of Alberta	385
K		Q	
Kowlyk, R. v.	59	Quebec (Attorney General), Beausnesne v.	254
		Quebec (Attorney General) v. Chaussure Brown's Inc.	712
L		Quebec (Attorney General), Devine v.	790
Law Society of Alberta, Petrashuyk v.	385	Quebec (Attorney General), Ford v.	712
		Quebec (Attorney General), Forget v.	90
M		Quebec (Attorney General) v. Girouard	254
Mack, R. v.	903	Quebec (Attorney General), Singer v.	790
Mailloux, R. v.	1029	Quebec (Caisse de dépôt et placement du Québec), Sparling v.	1015
Mandzuk v. Insurance Corporation of British Columbia	650	Quebec (Commission des droits de la personne), Brossard (Town) v.	279
Mattabi Mines Ltd. v. Ontario (Minister of Revenue)	175	Queen see "R."	
Minister see "Canada" or the name of province		Quin, R. v.	825
Morin, R. v.	345	R	
N		Rules of the Supreme Court of Canada, [1988] 2 S.C.R. 1	
N.A.P.E., Newfoundland (Attorney General) v.	204	R. v. Beare	387
Newfoundland (Attorney General) v. N.A.P.E.	204	R. v. Bernard	833
O		R. v. Chesson	148
Office see "Canada" or the name of province		R. v. Clermont	171
Ontario (Minister of Revenue), Mattabi Mines Ltd. v.	175	R. v. Dymont	417
Ontario (Ontario Securities Commission), Grey-mac Trust Co. v.	172	R. v. Gamble	595
Ontario, Peralta v.	1045	R. v. Gillespie	653
		R. v. Higgins	387
		R. v. Jacobs	1047
		R. v. Jacoy	548
		R. v. Kowlyk	59
		R. v. Mack	903
		R. v. Mailloux	1029
		R. v. Morin	345
		R. v. Papalia	137
		R. v. Quin	825
		R. v. Schwartz	443
		R. v. Scott	174
		R. v. Showman	893

	PAGE		PAGE
R. v. Simmons	495		
R. v. Strachan	980		
R. v. Vanweenan	148		
R. v. Whyte	3		
S			
Schwartz, R. v.	443		
Scott, R. v.	174		
Showman, R. v.	893		
Simmons, R. v.	495		
Singer v. Quebec (Attorney General)	790		
Sparling v. Quebec (Caisse de dépôt et placement du Québec)	1015		
Strachan, R. v.	980		
Sun Alliance Insurance Co., Angus v.	256		
Syndicat national des employés de la Commission scolaire régionale de l'Outaouais (CSN) v. Union des employés de service, Local 298 (FTQ)	1048		
		T	
		The Queen see "R."	
		TWU v. British Columbia Telephone Co.	564
		U	
		U.E.S., Local 298 v. Bibeault	1048
		Union see also under abbreviated name	
		Union des employés de service, Local 298 (FTQ), Syndicat national des employés de la Com- mission scolaire régionale de l'Outaouais (CSN) v.	1048
		V	
		Vanweenan, R. v.	148
		W	
		Whyte, R. v.	3

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique «Répertorié» dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
A			
Angus c. Sun Alliance compagnie d'assurance	256	Clermont, R. c.....	171
		Colombie-Britannique (Procureur général), B.C.G.E.U. c.	214
		Commission voir aussi "Canada" ou nom de la province	
		Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, Clark c.	680
B			
B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)	214	D	
Beare, R. c.	387	Devine c. Québec (Procureur général)	790
Beauchesne c. Québec (Procureur général)	254	Dyment, R. c.	417
Bernard, R. c.	833	F	
Bibeault, U.E.S., Local 298 c.	1048	Ford c. Québec (Procureur général)	712
British Columbia Telephone Co., STT c.	564	Forget c. Québec (Procureur général)	90
Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)	279	G	
C			
Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canadien Pacifique Ltée	271	Gagnon, Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration du Canada) c.	29
Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immi- gration du Canada) c. Gagnon	29	Gamble, R. c.	595
Canada (Juge-arbitre, assurance-chômage), Jove c.	53	Gell c. Canadien Pacifique Ltée.....	271
Canada (Procureur général), Canadian Newspa- pers Co. c.	122	Gillespie, R. c.	653
Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)	122	Girouard, Québec (Procureur général) c.....	254
Canadien Pacifique Ltée, Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c.....	271	Greymac Trust Co. c. Ontario (Ontario Securities Commission)	172
Canadien Pacifique Ltée c. Paul	654	H	
Canadien Pacifique Ltée, Gell c.	271	Higgins, R. c.	387
Chaussure Brown's Inc., Québec (Procureur gé- néral) c.	712		
Chesson, R. c.	148		
Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada	680		

	PAGE		PAGE
I		Ontario (Ontario Securities Commission), Grey-	
Insurance Corporation of British Columbia,		mac Trust Co. c.	172
Mandzuk c.	650	Ontario, Peralta c.	1045
J		P	
Jacobs, R. c.	1047	Papalia, R. c.	137
Jacoy, R. c.	548	Paul, Canadien Pacifique Ltée c.	654
Jove c. Canada (Juge-arbitre, assurance-chô-		Peralta c. Ontario	1045
mage)	53	Petrashuyk c. Law Society of Alberta	385
K		Procureur général voir aussi "Canada" ou nom de	
Kowlyk, R. c.	59	la province	
L		Q	
La Reine voir "R."		Québec (Caisse de dépôt et placement du	
Law Society of Alberta, Petrashuyk c.	385	Québec), Sparling c.	1015
M		Québec (Commission des droits de la personne),	
Mack, R. c.	903	Brossard (Ville) c.	279
Mailloux, R. c.	1029	Québec (Procureur général), Beaudesne c.	254
Mandzuk c. Insurance Corporation of British		Québec (Procureur général) c. Chaussure Brown's	
Columbia	650	Inc.	712
Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Ministre du		Québec (Procureur général), Devine c.	790
revenu)	175	Québec (Procureur général), Ford c.	712
Ministre voir "Canada" ou nom de la province		Québec (Procureur général), Forget c.	90
Morin, R. c.	345	Québec (Procureur général) c. Girouard	254
N		Québec (Procureur général), Singer c.	790
N.A.P.E., Terre-Neuve (Procureur général) c.	204	Quin, R. c.	825
O		R	
Office voir "Canada" ou nom de la province		Règles de la Cour suprême du Canada, [1988] 2	
Ontario (Ministre du revenu), Mattabi Mines		R.C.S. 1	
Ltd. c.	175	Reine voir "R."	
		R. c. Beare	387
		R. c. Bernard	833
		R. c. Chesson	148
		R. c. Clermont	171
		R. c. Dymont	417
		R. c. Gamble	595
		R. c. Gillespie	653
		R. c. Higgins	387
		R. c. Jacobs	1047
		R. c. Jacoy	548
		R. c. Kowlyk	59
		R. c. Mack	903

	PAGE		PAGE
R. c. Mailloux	1029	Syndicat voir aussi sous nom abrégé	
R. c. Morin	345		
R. c. Papalia	137		
R. c. Quin	825		
R. c. Schwartz.....	443	T	
R. c. Scott.....	174		
R. c. Showman	893	Terre-Neuve (Procureur général) c. N.A.P.E.....	204
R. c. Simmons	495		
R. c. Strachan	980		
R. c. Vanweenan	148	U	
R. c. Whyte	3		
S		U.E.S., Local 298 c. Bibeault	1048
Schwartz, R. c.....	443	Union des employés de service, Local 298 (FTQ), Syndicat national des employés de la Com- mission scolaire régionale de l'Outaouais (CSN) c.....	1048
Scott, R. c.....	174		
Showman, R. c.....	893		
Simmons, R. c.....	495		
Singer c. Québec (Procureur général)	790	V	
Sparling c. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec)	1015		
Strachan, R. c.....	980	Vanweenan, R. c.....	148
STT c. British Columbia Telephone Co.	564		
Sun Alliance compagnie d'assurance, Angus c.....	256		
Syndicat national des employés de la Commission scolaire régionale de l'Outaouais (CSN) c. Union des employés de service, Local 298 (FTQ)	1048	W	
		Whyte, R. c.....	3

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
A		
Abrahams c. Procureur général du Canada	[1983] 1 R.C.S. 2	38
Abrahams v. Attorney General of Canada	[1983] 1 S.C.R. 2	38
Adair v. M' Garry	[1933] S.L.T. 482	404
Adam v. Daniel Roy Ltée	[1983] 1 S.C.R. 683	1059
Affaire Golder	Cour Eur. D.H., Série A, vol. 18	229
Affaire "Relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique"	(1968), 11 Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 833	753
Alimentation de la Seigneurie Inc. v. Union des employés de commerce, local 500	D.T.E. 83T-694	1106
Allanson, Re	(1971), 20 D.L.R. (3d) 49	576
Alliance des professeurs de Montréal v. Procureur général du Québec	[1985] C.S. 1272; [1985] C.A. 376	729, 730
Alltrans Express Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)	[1988] 1 S.C.R. 897	708
Amato v. The Queen	[1982] 2 S.C.R. 418	899, 912
Anson and The Queen, Re	(1983), 4 C.C.C. (3d) 119	634
Antares Shipping Corp. c. Le navire "Capricorn"	[1977] 2 R.C.S. 422	634
Antares Shipping Corp. v. The Ship "Capricorn"	[1977] 2 S.C.R. 422	634
Archbald v. Delisle	(1895), 25 S.C.R. 1	119
Argentina v. Mellino	[1987] 1 S.C.R. 536	635
Aronoff v. Hawryluk	(1981), 2 C.H.R.R. D/534	291
Arrigo and The Queen, Re	(1986), 29 C.C.C. (3d) 77	640
Association A.D.G.Q. v. Commission des écoles catholiques de Montréal	[1980] C.S. 93	321
Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.	[1974] A.C. 273	236
Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada	[1939] A.C. 117	119
Attorney-General for Alberta and Winstanley v. Atlas Lumber Co. ..	[1941] S.C.R. 87	711
Attorney-General for British Columbia v. Canadian Pacific Railway Co.	[1906] A.C. 204	672
Attorney-General for Northern Ireland v. Gallagher	[1961] 3 All E.R. 299	864
Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.	[1903] A.C. 524	119
Attorney-General for Quebec v. Attorney-General for Canada	[1921] 1 A.C. 401	677

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre.....	[1982] 1 S.C.R. 175	128
Attorney-General of Quebec v. Laurendeau	(1982), 145 D.L.R. (3d) 526, 33 C.R. (3d) 40	246
Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards.....	[1984] 2 S.C.R. 66	772
A.V.G. Management Science Ltd. v. Barwell Developments Ltd.	[1979] 2 S.C.R. 43.....	850

B

B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général).....	[1988] 2 R.C.S. 214	210
B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General).....	[1988] 2 S.C.R. 214	210
B.C. Motor Vehicle Act, Re	[1985] 2 S.C.R. 486 14, 396, 645, 850, 880, 887, 939	246
Balian v. Regional Transfer Board.....	(1988), 62 C.R. (3d) 258	641
Balogh v. Crown Court at St. Alban's	[1974] 3 All E.R. 283	238
Bank of Montreal v. Bay Bus Terminal (North Bay) Ltd.	(1971), 24 D.L.R. (3d) 13	1027
Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce.....	[1984] 1 R.C.S. 269	1094
Barnes Security Service Ltd. v. Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aérospatiale, local 2235.....	[1972] T.T. 1	1115
Barnett v. Harrison.....	[1976] 2 S.C.R. 531	850
Bell v. The Queen.....	[1979] 2 S.C.R. 212	850
Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)	[1988] 1 S.C.R. 749	704
Bergstrom v. The Queen.....	[1981] 1 S.C.R. 539	946
Better Value Furniture (CHWK) Ltd. v. General Truck Drivers and Helpers Union, Local 31	(1981), 26 B.C.L.R. 273	241
Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.....	[1985] 2 R.C.S. 561	307, 783
Bhinder v. Canadian National Railway Co.	[1985] 2 S.C.R. 561	307, 783
Binus v. The Queen.....	[1967] S.C.R. 594.....	849
Biscuits Associés du Canada Ltée v. Commission des droits de la personne.....	[1981] C.A. 521	292
Blanchard v. Control Data Canada Ltd.	[1984] 2 S.C.R. 476	1084
Blanchette v. Cie d'assurance du Canada sur la vie	[1984] C.S. 1240.....	290
Bliss c. Procureur général du Canada	[1979] 1 R.C.S. 183	301
Bliss v. Attorney General of Canada.....	[1979] 1 S.C.R. 183	301
Bosi v. Township of Michipicoten	(1983), 4 C.H.R.R. D/1252	296
Boyle and The Queen, Re.....	(1983), 5 C.C.C. (3d) 193.....	11
Brasserie Labatt Ltée v. Commissaire général du travail	[1986] R.J.Q. 908	1116
Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland.....	[1961] 3 All E.R. 523	864
British Columbia Electric Railway Co. Ltd. v. Pribble.....	[1926] A.C. 466	690
Broom v. Morgan	[1953] 1 Q.B. 597	262
Brown v. Baugh and Williams	(1982), 70 C.C.C. (2d) 71.....	405

C

Cadeddu and The Queen, Re.....	(1982), 4 C.C.C. (3d) 97.....	641
--------------------------------	-------------------------------	-----

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Cadeddu and The Queen, Re.....	(1983), 41 O.R. (2d) 481.....	119
Calder v. Attorney-General of British Columbia.....	[1973] S.C.R. 313.....	678
Caldwell v. Stuart.....	[1984] 2 S.C.R. 603.....	323, 341
Callis v. Gunn.....	[1963] 3 All E.R. 677.....	405
Campbell v. Clough.....	(1979), 23 Nfld. & P.E.I.R. 249.....	997
Canada (Canada Employment and Immigration Commission) v. Gagnon.....	[1988] 2 S.C.R. 29.....	54
Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration du Canada) c. Gagnon.....	[1988] 2 R.C.S. 29.....	54
Canadian Kenworth Ltd. v. Syndicat international des travailleurs unis de l'automobile, de l'aéronautique, de l'astronautique et des instruments aratoires d'Amérique, local 1146.....	[1975] T.T. 168.....	1062
Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission).....	[1987] 1 S.C.R. 1114.....	103
Canadian National Railway Co. v. Courtois.....	[1988] 1 S.C.R. 868.....	708
Canadian National Railway Co. v. Nor-Min Supplies Ltd.	[1977] 1 S.C.R. 322.....	705
Canadian Northern Railway Co. v. Pszeniczny.....	(1916), 54 S.C.R. 36.....	687
Canadian Northern Railway Co. v. Robinson.....	[1911] A.C. 739.....	692
Canadian Pacific Ltd. v. Attorney General of Canada.....	[1986] 1 S.C.R. 678.....	37
Canadian Pacific Railway Co. v. Notre-Dame de Bonsecours.....	[1899] A.C. 367.....	705
Canadian Pacific Railway Co. v. Toronto Corporation.....	[1911] A.C. 461.....	672
Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri.....	[1962] S.C.R. 609.....	576
Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation.....	[1979] 2 S.C.R. 227.....	580, 1084
Canadien Pacifique Ltée c. Procureur général du Canada.....	[1986] 1 R.C.S. 678.....	37
Cannon v. Villars.....	(1878), 8 Ch. D. 415.....	671
Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévi- sion canadienne.....	[1978] 2 R.C.S. 141.....	704, 850
Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission.....	[1978] 2 S.C.R. 141.....	704, 850
Cardinal c. Directeur de l'établissement de Kent.....	[1985] 2 R.C.S. 643.....	635
Cardinal v. Director of Kent Institution.....	[1985] 2 S.C.R. 643.....	635
Carroll v. United States.....	267 U.S. 132 (1925).....	514, 542
Case "Relating to certain aspects of the laws on the use of lan- guages in education in Belgium".....	(1968), 11 Yearbook of the European Conven- tion on Human Rights 832.....	753
Cashin c. Société Radio-Canada.....	(1988), 86 N.R. 24.....	295
Cashin v. Canadian Broadcasting Corp.....	(1988), 86 N.R. 24.....	295
Cégep de Shawinigan v. Syndicat du personnel de soutien du Col- lège d'enseignement de Shawinigan Enr.....	[1976] T.T. 209.....	1119
Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York.....	447 U.S. 557 (1980).....	757
Centrale de Chauffage Enr. v. Syndicat des employés des institu- tions religieuses de Chicoutimi Inc.....	[1970] T.T. 236.....	1061
Chamberlain v. The Queen.....	[1984] 58 A.L.J.R. 133.....	378
Chromiak v. The Queen.....	[1980] 1 S.C.R. 471.....	14, 509, 851
Churchman v. Joint Shop Stewards' Committee of the Workers of the Port of London.....	[1972] 3 All E.R. 603.....	237

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Cité de Lachine v. Union des employés municipaux de la Cité de Lachine	[1974] T.T. 279.....	1093
City of Montréal v. Arcade Amusements Inc.	[1985] 1 S.C.R. 368	105
City of Vancouver v. Canadian Pacific Railway Co.....	(1894), 23 S.C.R. 1.....	671
Clarkson v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 383.....	540, 1007, 1011
Clement's Case.....	(1830), 1 Lewin 113, 168 E.R. 980.....	62, 79
Clinique communautaire de Pointe St-Charles v. Syndicat professionnel des diététistes du Québec.....	[1973] T.T. 338.....	1116
Coca-Cola Co. of Canada Ltd. v. Mathews.....	[1944] S.C.R. 385.....	119
Cockin's Case.....	(1836), 2 Lewin 235, 168 E.R. 1139.....	62, 80
Colet v. The Queen	[1981] 1 S.C.R. 2.....	160
Collins and The Queen, Re	(1973), 13 C.C.C. (2d) 172.....	119
Comité de discipline de l'Institution de Matsqui c. Martineau	Unreported/Inédit, C.A.F., le 26 juin 1978, n° A-500-77.....	276
Commission des droits de la personne v. École de conduite St-Amour Inc.	[1983] C.P. 16.....	290
Commission des droits de la personne du Québec v. Courtier provincial en alimentation (1971) Inc.	(1982), 3 C.H.R.R. D/1134.....	294
Commission des droits de la personne du Québec v. Québec (Ville de).....	[1986] R.J.Q. 243.....	329
Commission des droits de la personne du Québec v. Ville de Lachine	[1984] C.S. 361.....	328
Commission des normes du travail v. Banque nationale du Canada	D.T.E. 88T-282	1108
Commission des normes du travail v. Delta Granite Inc.....	J.E. 85-927	1108
Commission des normes du travail v. Erdan.....	[1985] C.P. 353.....	1108
Commission des normes du travail v. Frank White Entreprises Inc.	[1984] C.P. 232.....	1108
Commission des normes du travail c. Manufacture Sorel Inc.....	[1984] C.S. 747.....	577
Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke	[1982] 1 R.C.S. 202	307
Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 R.C.S. 536.....	301, 783
Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez.....	[1975] 1 S.C.R. 228	858
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne).....	[1987] 1 R.C.S. 1114	103
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Courtois.....	[1988] 1 R.C.S. 868	708
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Nor-Min Supplies Ltd.	[1977] 1 R.C.S. 322	705
Compagnie du Trust National Ltée v. Burns	[1985] C.S. 1286.....	1127
Con-Mech (Engineers) Ltd. v. Amalgamated Union of Engineering Workers	[1973] I.C.R. 620	238
Connelly v. Director of Public Prosecutions	[1964] 2 All E.R. 401	939
Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum	[1979] 1 R.C.S. 754	705
Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission	[1979] 1 S.C.R. 754	705
Crevier c. Procureur général du Québec.....	[1981] 2 R.C.S. 220	1090
Crevier v. Attorney General of Quebec	[1981] 2 S.C.R. 220	1090
Crooke's Case.....	(1691), 1 Show. K.B. 208, 89 E.R. 540	1021
Curr v. The Queen	[1972] S.C.R. 889.....	21
Cushing v. Dupuy.....	(1880), 5 App. Cas. 409	711
Cusson v. Robidoux	[1977] 1 S.C.R. 650	805

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
D		
Décision C.D.P. — 18	[1987] D.L.Q. 155	301
Décision C.D.P. — 31	[1986] D.L.Q. 462	322
Deputy Minister of Revenue v. Rainville.....	[1980] 1 S.C.R. 35.....	694
Derko Ltée v. Roy.....	Unreported/Inédit, Que. Sup. Ct., No. 200-05-001343-792, June 28, 1979	1092
Derrickson v. Derrickson.....	[1986] 1 S.C.R. 285	673
Devaynes v. Noble; Clayton's Case.....	(1816), 1 Mer. 572, 35 E.R. 781	173
Devine v. Procureur général du Québec.....	[1988] 2 S.C.R. 790; [1987] R.J.Q. 50; [1982] C.S. 355.....	729, 731, 733
Director of Public Prosecutions v. Beard.....	[1920] A.C. 479.....	846, 864
Director of Public Prosecutions v. Boardman	[1975] A.C. 421	367
Director of Public Prosecutions v. Majewski.....	[1977] A.C. 443; [1975] 3 All E.R. 296.....	862, 872, 884
Douglas Aircraft Co. of Canada Ltd. v. McConnell	[1980] 1 S.C.R. 245	588
Dubois v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 350	315, 475, 491, 627
Duke v. The Queen	[1972] 2 S.C.R. 917	14, 851
Dumais v. Champoux Automobile Inc.....	[1970] T.T. 120.....	577
Dumas c. Centre de détention Leclerc.....	[1986] 2 R.C.S. 459	635
Dumas v. Leclerc Institute.....	[1986] 2 S.C.R. 459	635
Dumbell v. Roberts.....	[1944] 1 All E.R. 326.....	405
Dunbar v. The King.....	(1936), 67 C.C.C. 20.....	850
E		
Eccles v. Bourque.....	[1975] 2 S.C.R. 739	160
Ellenborough Park, Re.....	[1956] Ch. 131	654
Entick v. Carrington.....	(1765), 19 St. Tr. 1029.....	426
Entrepôts Schenker Ltée v. Travailleurs canadiens de l'Alimentation et d'autres industries, local P-766.....	[1981] T.T. 420.....	1064
Ex parte Risby.....	(1975), 24 C.C.C. (2d) 211.....	639
Ex parte Stather.....	(1886), 25 N.B.R. 374.....	631
Ex parte Tubman.....	[1970] 3 N.S.W.R. 41	236
F		
Farwell v. The Queen	(1894), 22 S.C.R. 553	850
Firestone Tire & Rubber Co. v. N.L.R.B.....	449 F.2d 511 (1971)	578
Fondation-Habitation Champlain Inc. v. Tribunal du travail	D.T.E. 86T-500.....	1116
Foothills Provincial General Hospital Board v. Broad.....	(1975), 57 D.L.R. (3d) 758	237
Ford c. Québec (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 712	805
Ford v. Quebec (Attorney General).....	[1988] 2 S.C.R. 712	805
Ford v. The Queen	[1982] 1 S.C.R. 231.....	17
Forget c. Québec (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 90	783, 819
Forget v. Quebec (Attorney General).....	[1988] 2 S.C.R. 90	783, 819
Foy v. Foy.....	(1978), 20 O.R. (2d) 747	266

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique.....	[1985] 2 R.C.S. 455	314
Fraser v. Public Service Staff Relations Board.....	[1985] 2 S.C.R. 455	314
Fraternité internationale des ouvriers en électricité v. National Cablevision Ltd.	[1967] R.D.T. 314	1093

G

Gérances West Cliff Ltée v. Union des employés de service, local 298 F.T.Q.	[1981] T.T. 432.....	1116
Golder v. United Kingdom.....	(1975), 1 E.H.R.R. 524.....	229
Goldhar (No. 2) v. The Queen.....	[1960] S.C.R. 431.....	636
Goldman v. The Queen.....	[1980] 1 S.C.R. 976	167
Graham v. The Queen.....	[1959] S.C.R. 652.....	85
Grand Trunk Railway Company of Canada v. Attorney-General of Canada.....	[1907] A.C. 65	690
Greene v. United States.....	454 F.2d 783 (9th Cir. 1971).....	931
Greer v. Canadian Pacific Railway Co.....	(1915), 51 S.C.R. 338	692
Grier and Alberta Optometric Association, Re.....	(1987), 42 D.L.R. (4th) 327	761
Guerin v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 335	676
Guglielmi.....	CUB-8372.....	48
Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national.....	[1977] 1 R.C.S. 271	744
Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue	[1977] 1 S.C.R. 271	744

H

Habitants de Leeuw-St. Pierre c. Belgique.....	(1965), 8 Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 339	752
Hampton v. United States.....	425 U.S. 484 (1976)	925
Harel c. Sous-ministre du Revenu du Québec.....	[1978] 1 R.C.S. 851	196
Harel v. Deputy Minister of Revenue of Quebec.....	[1978] 1 S.C.R. 851	196
Harrison v. Carswell.....	[1976] 2 S.C.R. 200	230
Hass and The Queen, Re.....	(1978), 40 C.C.C. (2d) 202.....	641
Hayes v. Florida.....	470 U.S. 811 (1985).....	406
Heather Hill Appliances Ltd. v. McCormack.....	[1966] 1 O.R. 12.....	231
Hébert v. The Queen.....	[1955] S.C.R. 120.....	1040
Her Majesty in right of the Province of Alberta v. Canadian Transport Commission.....	[1978] 1 S.C.R. 61	1019
Hewson v. The Queen.....	[1979] 2 S.C.R. 82.....	65
Hills c. Canada (Procureur général).....	[1988] 1 R.C.S. 513.....	37
Hills v. Canada (Attorney General).....	[1988] 1 S.C.R. 513.....	37
Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen.....	[1957] S.C.R. 403.....	262
Hull (Ville de) v. Bibeault.....	D.T.E. 83T-906.....	1116
Hunter v. Southam Inc.....	[1984] 2 S.C.R. 145 396, 426, 513, 546, 766, 998	
Hutt v. The Queen.....	[1978] 2 S.C.R. 476	144

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
I		
Industries du frein total Ltée v. Syndicat international des travailleurs unis de l'automobile, de l'aérospatiale et de l'outillage agricole d'Amérique (T.U.A.- F.T.Q.-C.T.C.), section locale 1900.....	[1985] T.T. 220	1106
23 Inhabitants of Aelsemberg and Beersel v. Belgium.....	(1963), 6 Yearbook of the European Convention on Human Rights 332.....	752
Inhabitants of Leeuw-St. Pierre v. Belgium.....	(1965), 8 Yearbook of the European Convention on Human Rights 338.....	752
International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange.....	[1967] S.C.R. 628.....	119
International Union of United Brewery, Flour, Cereal, Soft Drink and Distillery Workers of America (Local 239) v. Coca-Cola Ltd.....	[1978] R.L. 391	1099
Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce).....	[1987] 1 R.C.S. 181	627
Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission).....	[1987] 1 S.C.R. 181	627
Irwin Toy Ltd. v. Procureur général du Québec.....	[1986] R.J.Q. 2441	733, 760
J		
J. A. Hubert Ltée v. Syndicat des employés de soutien du Collège Ahuntsic.....	[1977] T.T. 110.....	1119
Jack and Charlie v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 332	629
Jack Schwartz Service Station v. Teamsters Local Union 900	[1975] T.T. 125.....	1061
Jamieson and The Queen, Re	(1982), 70 C.C.C. (2d) 430.....	415
Jenkins, Re	(1984), 8 C.R.R. 142.....	641
Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 46.....	197
Johnson v. Commission des affaires sociales	[1984] C.A. 61	98, 301
Johnson, Re	(1887), 20 Q.B.D. 68	224
Jollimore v. Attorney-General of Nova Scotia.....	(1986), 24 C.R.R. 28.....	641
Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick	[1975] 2 R.C.S. 182	807
Jones v. Attorney General of New Brunswick	[1975] 2 S.C.R. 182	807
Jones v. Cunningham.....	371 U.S. 236 (1962)	645
Jove c. Juge-arbitre nommé en vertu de l'article 92 de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage	Unreported/Inédit, C.A.F., n° A-1071-84, 19 juin 1985.....	43
Jove v. Umpire Constituted under Section 92 of the Unemployment Insurance Act 1971.....	Unreported/Inédit, F.C.A., No. A-1071-84, June 19, 1985	43
K		
Karchesky v. The Queen	[1967] S.C.R. 547.....	637
Katz v. United States.....	389 U.S. 347 (1967)	429
Kirzner v. The Queen	[1978] 2 S.C.R. 487	916
Klein and Law Society of Upper Canada, Re.....	(1985), 16 D.L.R. (4th) 489	760

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Korponay v. Kulik.....	[1980] 2 S.C.R. 265	637
Krakowski and The Queen, Re.....	(1983), 4 C.C.C. (3d) 188.....	634
Kruse v. Johnson	[1898] 2 Q.B. 91	105

L

La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool	[1983] 1 R.C.S. 205	690
Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works Ltd.	[1948] 2 W.W.R. 1055	1099
Ladouceur v. Dollard-des-Ormeaux (Ville de)	[1987] D.L.Q. 95n	328
Laflamme v. Renaud	(1945), 84 C.C.C. 153	632
Latour v. The King	[1951] S.C.R. 19	13, 465
Law Society of Upper Canada v. Skapinker	[1984] 1 S.C.R. 357	774
Leary v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 29	830, 831, 842, 862, 883
Lebbad	CUB-8366.....	48
Lecavalier v. Syndicat national des employés de la Ville de Laval Inc. (C.S.N.)	[1976] C.S. 856.....	1091
Lemieux v. The Queen.....	[1967] S.C.R. 492.....	943
Levesque v. New Brunswick Railway Co.	(1889), 29 N.B.R. 588.....	695
Lucas, Re.....	[1970] 3 N.S.W.R. 41	236
Lussa v. Health Science Centre	(1983), 9 C.R.R. 350	641
Lyons v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 633.....	140, 156, 168

M

M. H. and The Queen (No. 2), Re.....	(1984), 17 C.C.C. (3d) 443.....	414
MacAllister v. Director of Centre de Reception	(1984), 40 C.R. (3d) 121	641
MacDonald c. Ville de Montréal.....	[1986] 1 R.C.S. 460	749
MacDonald v. City of Montreal.....	[1986] 1 S.C.R. 460	749
Madden v. Nelson and Fort Sheppard Railway Co.....	[1899] A.C. 626	705
Manning v. Howard.....	(1975), 8 O.R. (2d) 728	260
Mapp v. Ohio.....	367 U.S. 643 (1961)	532
Marché Sabrevois Inc. v. Union des employés de commerce, local 500.....	[1987] D.L.Q. 71n	293
Mark v. Porcupine General Hospital	(1984), 6 C.H.R.R. D/2538	296
Marshall and The Queen, Re.....	(1984), 13 C.C.C. (3d) 73.....	641
Martin v. Perrie.....	[1986] 1 S.C.R. 41.....	266
Martinique Motor Inn Ltd. v. Union des employés d'hôtel, motel et club.....	[1973] T.T. 151.....	1061
Masella v. Langlais	[1955] S.C.R. 263.....	645
Mathews v. United States	108 S.Ct. 883 (1988)	937
Matsqui Institution Disciplinary Board v. Martineau.....	Unreported/Inédit, F.C.A., June 26, 1978, No. A-500-77	276
Maxwell v. Callbeck	[1939] S.C.R. 440.....	263
McArthur v. Northern and Pacific Junction Railway Co.....	(1890), 17 O.A.R. 86.....	696
McDonald and The Queen, Re.....	(1985), 21 C.C.C. (3d) 330.....	628
McGuigan v. The Queen	[1982] 1 S.C.R. 284	471
McKay v. Township of Hinchinbrooke	(1894), 24 S.C.R. 55	119

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
McKeown v. The Queen.....	[1971] S.C.R. 446.....	239
McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen.....	[1977] 2 S.C.R. 654.....	704, 850
Merrill v. Fisher.....	(1975), 11 O.R. (2d) 551.....	266
Mezzo v. The Queen.....	[1986] 1 S.C.R. 802.....	1047
Midland Bank Trust Co. v. Green (No. 3).....	[1979] 2 All E.R. 193.....	265
Miller and Cockriell v. The Queen.....	[1977] 2 S.C.R. 680.....	14, 617, 851
Mills v. The Queen.....	[1986] 1 S.C.R. 863.....	631
Milton v. The Queen.....	(1985), 16 C.R.R. 215.....	431
Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville....	[1982] 2 S.C.R. 518.....	849
Minister of National Revenue v. Kruger Inc.	[1984] 2 F.C. 535.....	427
Minister of National Revenue v. M. P. Drilling Ltd.	76 D.T.C. 6028.....	188
Ministre du Revenu national c. Kruger Inc.	[1984] 2 C.F. 535.....	427
Ministre du Revenu national c. M. P. Drilling Ltd.	76 D.T.C. 6028.....	188
Mitchell v. Attorney General of Ontario.....	(1983), 35 C.R. (3d) 225.....	613, 623
Mode Amazone v. Comité conjoint de Montréal de l'Union interna- tionale des ouvriers du vêtement pour dames.....	[1983] T.T. 227.....	1105
Montréal Trust v. Tribunal du travail.....	[1975] R.D.T. 353.....	1091
Morin c. Comité national chargé des cas d'unités spéciales de déten- tion.....	[1985] 2 R.C.S. 662.....	635
Morin v. National Special Handling Unit Review Committee.....	[1985] 2 S.C.R. 662.....	635
Mormina v. Saint-Léonard (Ville de).....	J.E. 87-950.....	295
Morris v. Crown Office.....	[1970] 1 All E.R. 1079.....	234
Morris v. The Queen.....	[1983] 2 S.C.R. 190.....	368
Morrison v. The Queen.....	[1966] S.C.R. 356.....	637
Multiple Access Ltd. v. McCutcheon.....	[1982] 2 S.C.R. 161.....	1026

N

N.L.R.B. v. Hartmann Luggage Co.	453 F.2d 178 (1971).....	578
Nadeau v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 570.....	357, 377
National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union.....	[1984] 1 S.C.R. 269.....	1094
Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada.....	[1980] 1 S.C.R. 115.....	706
Nowegijick v. The Queen.....	[1983] 1 S.C.R. 29.....	197

O

O'Connor.....	(1980), 4 A. Crim. R. 348.....	845
Olmstead v. United States.....	277 U.S. 438 (1928).....	436
Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons- Sears Ltd.....	[1985] 2 S.C.R. 536.....	301, 782
Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke.....	[1982] 1 S.C.R. 202.....	307

P

Palmer v. The Queen.....	[1980] 1 S.C.R. 759.....	373
Pappajohn v. The Queen.....	[1980] 2 S.C.R. 120.....	856
Paquette v. The Queen.....	[1977] 2 S.C.R. 189.....	850

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Parkhill Bedding & Furniture Ltd. v. International Molders & Foundry Workers Union of North America, Local 174.....	(1961), 26 D.L.R. (2d) 589	1097
Paskivski v. Canadian Pacific Ltd.....	[1976] S.C.R. 687.....	701
Peda v. The Queen	[1969] S.C.R. 905.....	849
Pelletier v. Le Roi	[1952] B.R. 633	399
People v. Sallow	165 N.Y.S. 915 (1917).....	399
Periard v. The Queen.....	(1963), 40 C.R. 85.....	1044
Perka v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 232	944
Phillips v. Barnet.....	[1875-76] 1 Q.B.D. 436	267
Placements G.P.C. Inc. v. Union des employés de commerce, local 504.....	[1987] D.L.Q. 93n.....	293
Poje v. Attorney General for British Columbia	[1953] 1 S.C.R. 516	237
Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico	106 S. Ct. 2968 (1986).....	758
Preiser v. Rodriguez.....	411 U.S. 475 (1973).....	645
Premium Iron Ores Ltd. v. Minister of National Revenue.....	[1966] S.C.R. 685.....	187
Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre.....	[1982] 1 R.C.S. 175	128
Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards.....	[1984] 2 R.C.S. 66.....	772
Province of Bombay v. Municipal Corporation of Bombay.....	[1947] A.C. 58	1023
R		
R. v. A.N.	(1978), 2 C.R. (3d) 55.....	405
R. v. Agbim	[1979] Crim. L.R. 171	360
R. v. Antoine	(1983), 5 C.C.C. (3d) 97.....	626
R. v. Appleby.....	[1972] S.C.R. 303	9, 455, 484
R. v. Armstrong	[1944] 1 D.L.R. 233	23
R. v. Ashoona	Unreported/Inédit, N.W.T.C.A., January 19, 1988.....	973
R. v. Aves.....	[1950] 2 All E.R. 330.....	65
R. v. Bacon	(1915), 11 Cr. App. R. 90.....	399
R. v. Baltzer.....	(1974), 27 C.C.C. (2d) 118	1043
R. v. Barnier	[1978] 1 W.W.R. 137.....	1043
R. v. Baxter.....	(1983), 9 C.C.C. (3d) 555, [1983] C.A. 412.....	968
R. v. Baylis.....	(1986), 47 Sask. R. 15.....	996
R. v. Bernard	[1988] 2 S.C.R. 833	829, 830
R. v. Biddulph	(1987), 34 C.C.C. (3d) 544.....	974
R. v. Big M Drug Mart Ltd.....	[1985] 1 S.C.R. 295.... 248, 314, 401, 426, 469, 703, 751, 813, 851.....	145, 165
R. v. Blacquiere.....	(1980), 57 C.C.C. (2d) 330	1038
R. v. Blythe.....	(1909), 15 C.C.C. 224	355
R. v. Bouvier	(1984), 11 C.C.C. (3d) 257.....	405
R. v. Buckingham and Vickers	(1943), 86 C.C.C. 76	848
R. v. Bulmer	[1987] 1 S.C.R. 782	23
R. v. Butler	[1939] 4 D.L.R. 592	828, 859
R. v. Campbell.....	(1974), 17 C.C.C. (2d) 320	145
R. v. Cardoza.....	(1981), 61 C.C.C. (2d) 412.....	

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Carter.....	(1982), 144 D.L.R. (3d) 301	437
R. v. Cassidy and Letendre.....	[1963] 2 C.C.C. 219	1044
R. v. Challice.....	(1979), 45 C.C.C. (2d) 546.....	357
R. v. Chase.....	[1987] 2 S.C.R. 293	842, 868
R. v. Cohen.....	(1983), 5 C.C.C. (3d) 156.....	1002
R. v. Colbeck.....	(1978), 42 C.C.C. (2d) 117.....	458
R. v. Collins.....	[1987] 1 S.C.R. 265.....	436, 532, 558, 940, 999
R. v. Commisso.....	[1983] 2 S.C.R. 121	159, 169
R. v. Conrad.....	(1983), 8 C.C.C. (3d) 482.....	485
R. v. Corbett.....	[1988] 1 S.C.R. 670	368
R. v. Creaghan.....	(1982), 1 C.C.C. (3d) 449.....	169
R. v. Crease (No. 2).....	(1980), 53 C.C.C. (2d) 378.....	145, 165
R. v. Crowe.....	(1941), 16 M.P.R. 101	23
R. v. Davidson.....	(1982), 40 N.B.R. (2d) 702.....	997
R. v. Davies.....	[1906] 1 K.B. 32	237
R. v. DeCoste.....	(1983), 60 N.S.R. (2d) 170	439
R. v. Dickson and Corman.....	(1982), 3 C.C.C. (3d) 23.....	627
R. v. Dionne.....	(1987), 79 N.B.R. (2d) 297.....	969
R. v. Doherty.....	(1887), 16 Cox. C.C. 306.....	872
R. v. Duguay.....	(1985), 18 D.L.R. (4th) 32	992
R. v. Dumas.....	(1985), 23 C.C.C. (3d) 366.....	534
R. v. Dzagic.....	(1985), 16 C.R.R. 310.....	431
R. v. Edwards.....	[1974] 2 All E.R. 1085.....	464
R. v. Edwards Books and Art Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 713.....	129, 488, 629, 766, 820
R. v. Eldorado Nuclear Ltd.....	[1983] 2 S.C.R. 551	1022
R. v. Exall.....	(1866), 4 F. & F. 922, 176 E.R. 850	64, 82
R. v. Fekete.....	(1985), 44 C.R. (3d) 92	995
R. v. Fisher.....	(1973), 12 C.C.C. (2d) 513	1044
R. v. Fitzpatrick.....	[1977] N.I. 20	950
R. v. Forbes.....	[1943] O.W.N. 96.....	23
R. v. Froese.....	(1980), 23 B.C.L.R. 181	235
R. v. Futo.....	(1980), 4 W.C.B. 437	1044
R. v. Gamble and Nichols.....	(1978), 40 C.C.C. (2d) 415	615
R. v. George.....	[1960] S.C.R. 871	830, 863, 884
R. v. Gibbons.....	(1946), 86 C.C.C. 20	1040
R. v. Gingras.....	(1987), 61 C.R. (3d) 361	969
R. v. Gladstone.....	(1985), 22 C.C.C. (3d) 151	520, 556
R. v. Glynn.....	(1971), 5 C.C.C. (2d) 364.....	368
R. v. Goodbaum.....	(1977), 1 C.R. (3d) 152	997
R. v. Graham.....	[1974] S.C.R. 206	65, 85
R. v. Griffin.....	(1985), 22 C.R.R. 303.....	431
R. v. Hall.....	(1845), 1 Cox C.C. 231	62, 80
R. v. Halpern.....	(1986), 73 A.R. 276.....	415
R. v. Hamill.....	[1987] 1 S.C.R. 301	535, 559
R. v. Hayward.....	(1957), 118 C.C.C. 365.....	405
R. v. Heikel and MacKay.....	(1984), 57 A.R. 221.....	995
R. v. Hendry.....	(1985), 37 Man. R. (2d) 66	1043
R. v. Higgins.....	[1929] 1 D.L.R. 269	23

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Hill	(1976), 73 D.L.R. (3d) 621	234
R. v. Hill	[1986] 1 S.C.R. 313	848
R. v. Holmes	[1932] 3 W.W.R. 76.....	631
R. v. Holmes	[1988] 1 S.C.R. 914.....	15, 460, 855
R. v. Howe	[1987] 1 All E.R. 771	950
R. v. Hufsky	[1988] 1 S.C.R. 621	21, 518
R. v. Hyatt	[1945] O.R. 629	23
R. v. Irwin	(1977), 36 C.C.C. (2d) 1.....	1043
R. v. Jacobson.....	Unreported/Inédit, Ont. Dist. Ct., January 31, 1978.....	405
R. v. Jacoy	[1988] 2 S.C.R. 548.....	442, 520, 1012
R. v. Jagodic and Vajagic.....	(1985), 19 C.C.C. (3d) 305.....	525
R. v. James	(1986), 27 C.C.C. (3d) 1	608, 625
R. v. Jewitt.....	(1983), 34 C.R. (3d) 193	912
R. v. Jones	[1986] 2 S.C.R. 284	411
R. v. Jordan	(1984), 11 C.C.C. (3d) 565.....	524
R. v. Kamipeli	[1975] 2 N.Z.L.R. 610.....	846
R. v. Kane	(1975), 6 A.P.R. 13	1043
R. v. Kelly	(1971), 6 C.C.C. (2d) 186.....	1044
R. v. Keogh	[1964] V.R. 400	847
R. v. Keyowski	[1988] 1 S.C.R. 657	975
R. v. Konechny	(1983), 10 C.C.C. (3d) 233	613, 624
R. v. Landry	[1986] 1 S.C.R. 145	160, 891
R. v. Langmead.....	(1864), Le. & Ca. 427, 169 E.R. 1459	62, 78
R. v. Lawrence	[1988] 1 S.C.R. 619	162
R. v. LeBlanc	(1981), 64 C.C.C. (2d) 31	435
R. v. Leboeuf	(1979), 57 C.C.C. (2d) 257	1044
R. v. Lebrocq	(1984), 35 Alta. L.R. (2d) 184.....	996
R. v. Lee's Poultry Ltd.	(1985), 17 C.C.C. (3d) 539.....	490
R. v. Logan	(1986), 51 C.R. (3d) 326	617
R. v. Longtin.....	(1983), 5 C.C.C. (3d) 12.....	629
R. v. Loughlin.....	(1951), 35 Cr. App. R. 69	66
R. v. Lovis; R. v. Moncini	[1975] 2 S.C.R. 294.....	64
R. v. Lucas	(1886), 27 C.C.C. (3d) 229.....	629
R. v. Lupien	[1970] S.C.R. 263	369
R. v. Lynch, Malone and King	(1978), 40 C.C.C. (2d) 7.....	360
R. v. Lyons.....	[1987] 2 S.C.R. 309	402, 638
R. v. Mack	[1988] 2 S.C.R. 903	894
R. v. Manninen	[1987] 1 S.C.R. 1233.....	562, 1004, 1011
R. v. Mannion.....	[1986] 2 S.C.R. 272	491
R. v. McGregor	(1983), 3 C.C.C. (3d) 200.....	414
R. v. McLarty (No. 2).....	(1978), 40 C.C.C. (2d) 72.....	405
R. v. McMillan	(1975), 23 C.C.C. (2d) 160.....	369
R. v. Meidel	(1984), 11 C.C.C. (3d) 77.....	165
R. v. Miller	[1985] 2 S.C.R. 613	635
R. v. Milne.....	[1987] 2 S.C.R. 512	607, 623
R. v. Mistra	(1986), 32 C.C.C. (3d) 97.....	970
R. v. Moreau.....	(1986), 26 C.C.C. (3d) 359	360, 856

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Morgan	[1976] A.C. 182	874
R. v. Morgentaler	[1988] 1 S.C.R. 30	489, 774, 815
R. v. Morrison	(1987), 20 O.A.C. 230	404
R. v. Musitano	(1985), 24 C.C.C. (3d) 65	145
R. v. Neely	(1986), 27 C.C.C. (3d) 229	629
R. v. Newson	(1985), 41 Alta. L.R. (2d) 375	997
R. v. Newton	[1977] 1 S.C.R. 399	65, 85
R. v. Nickerson	(1977), 37 C.C.C. (2d) 337	69, 87
R. v. Nielsen and Stolar	(1984), 16 C.C.C. (3d) 39	405
R. v. Ninos and Walker	[1964] 1 C.C.C. 326	169
R. v. Nowakowski	(1977), 40 C.R.N.S. 144	405
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	129, 248, 310, 403, 453, 485, 758, 820, 853
R. v. O'Brien	[1966] 3 C.C.C. 288	1043
R. v. Ouellette	[1980] 1 S.C.R. 568	1022
R. v. Paul	[1977] 1 S.C.R. 181	65
R. v. Pohoretsky	[1987] 1 S.C.R. 945	429
R. v. Ponsford	(1978), 41 C.C.C. (2d) 433	458
R. v. Popovic	[1976] 2 S.C.R. 308	694
R. v. Prince	(1971), 6 C.C.C. (2d) 183	1044
R. v. Proudlock	[1979] 1 S.C.R. 525	13, 466
R. v. Quin	[1988] 2 S.C.R. 825	859
R. v. Rahey	[1987] 1 S.C.R. 588	633
R. v. Rao	(1984), 40 C.R. (3d) 1	989
R. v. Riel	(1885), 2 Man. L.R. 302	631
R. v. Robertson	(1975), 21 C.C.C. (2d) 385	369
R. v. Robertson	[1987] 1 S.C.R. 918	856
R. v. Rodenbush and Rodenbush	(1985), 21 C.C.C. (3d) 423	519
R. v. Roulston	[1976] 2 N.Z.L.R. 644	847
R. v. Samson	(1983), 36 C.R. (3d) 126	164
R. v. Santa	(1983), 6 C.R.R. 244	436
R. v. Santeramo	(1976), 32 C.C.C. (2d) 35	861
R. v. Sault Ste. Marie	[1978] 2 S.C.R. 1299	887
R. v. Saunders	(1906), 12 O.L.R. 615	143
R. v. Schama and Abramovitch	(1914), 11 Cr. App. R. 45	65, 85
R. v. Scono	(1986), 13 O.A.C. 23	1044
R. v. Sharp	[1987] 3 All E.R. 103	950
R. v. Shelley	[1981] 2 S.C.R. 196	11, 486
R. v. Sieben	[1987] 1 S.C.R. 295	535, 560
R. v. Simmons	[1988] 2 S.C.R. 495	551, 560, 561, 563, 1004, 1012
R. v. Smith	(1983), 148 J.P. 215	66
R. v. Smith (Edward Dewey)	[1987] 1 S.C.R. 1045	14, 851, 889
R. v. Speid	(1985), 20 C.C.C. (3d) 534	369
R. v. Stevens	[1988] 1 S.C.R. 1153	608, 625
R. v. Stolar	[1988] 1 S.C.R. 480	372
R. v. Taylor	(1982), 66 C.C.C. (2d) 437	367
R. v. Thatcher	[1987] 1 S.C.R. 652	357, 378

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Therens	[1985] 1 S.C.R. 613 314, 509, 537, 544, 555, 851, 971, 990, 1009, 1010	
R. v. Thériault	(1978), 45 C.C.C. (2d) 46.....	1044
R. v. Thompson	(1920), 48 O.L.R. 163.....	143
R. v. Thomsen	[1988] 1 S.C.R. 640.....	21, 323, 518, 544
R. v. Toews	[1985] 2 S.C.R. 119.....	17
R. v. Trecroce	(1980), 55 C.C.C. (2d) 202.....	1043
R. v. United Fishermen and Allied Workers' Union	(1967), 63 D.L.R. (2d) 356.....	238
R. v. Vaillancourt.....	[1987] 2 S.C.R. 636..... 15, 460, 485, 850, 880, 887	
R. v. Van Beelen.....	(1973), 4 S.A.S.R. 353.....	359, 379
R. v. Welsh and Iannuzzi (No. 6)	(1977), 32 C.C.C. (2d) 363.....	163
R. v. Whyte.....	[1988] 2 S.C.R. 3.....	460, 485, 888
R. v. Wigman	[1987] 1 S.C.R. 246.....	637
R. v. Wilson.....	(1984), 17 C.C.C. (3d) 126.....	473
R. v. Winters	(1985), 51 Nfld. & P.E.I.R. 271.....	1043
R. v. Wolfson.....	[1965] 3 C.C.C. 304.....	1044
R. v. Wray.....	[1971] S.C.R. 272.....	532
R. v. Zilke.....	(1978), 44 C.C.C. (2d) 521.....	1043
Reference re Manitoba Language Rights.....	[1985] 1 S.C.R. 721.....	748
Reference re Objection to a resolution to amend the Constitution	[1982] 2 S.C.R. 793.....	119
Reference re Opposition à une résolution pour modifier la Constitu- tion	[1982] 2 R.C.S. 793.....	119
Reference re Regina v. Coffin	[1956] S.C.R. 191.....	64
Reference re the Agricultural Products Marketing Act.....	[1978] 2 S.C.R. 1198.....	856
Reference re The Farm Products Marketing Act.....	[1957] S.C.R. 198.....	704, 849
Reference respecting the Agricultural Products Marketing Act.....	[1978] 2 S.C.R. 1198.....	704
Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.	[1985] 2 R.C.S. 486.....	14, 396, 645
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba.....	[1985] 1 R.C.S. 721.....	748
Renvoi sur l'écoute électronique.....	[1984] 2 R.C.S. 697.....	141, 156, 168
Richler v. The King	[1939] S.C.R. 101.....	65, 85
Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool).....	[1987] 2 R.C.S. 59.....	810
Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)	[1987] 2 S.C.R. 59.....	810
Robertson and Rosetanni v. The Queen.....	[1963] S.C.R. 651.....	14, 851
Rose v. The Queen	[1959] S.C.R. 441.....	458
Royal Trust Co. v. Minister of National Revenue.....	[1957] C.T.C. 32.....	186
Russell v. R.....	(1983), 32 C.R. (3d) 307.....	71
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 573..... 243, 251, 764, 851	

S

Sa Majesté du chef de la province de l'Alberta c. Commission cana- dienne des transports	[1978] 1 R.C.S. 61.....	1019
Sanders v. The Queen.....	[1970] S.C.R. 109.....	634
Sansregret v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 570.....	856
Saunders v. The Queen.....	[1967] S.C.R. 284.....	21
Schmerber v. California	384 U.S. 757 (1966).....	415

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 573	764.
Semayne's Case	(1604), 5 Co. Rep. 91 a, 77 E.R. 194.....	426
Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association	[1975] 1 S.C.R. 382	585, 1084
Sherman v. United States	356 U.S. 369 (1958)	925
Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration	[1985] 1 R.C.S. 177	774
Singh v. Minister of Employment and Immigration.....	[1985] 1 S.C.R. 177	774
Sitri Inc. v. Cartage & Miscellaneous Employee's Union, Local 931 (F.T.Q.)	[1977] T.T. 29.....	1125
Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education	[1986] 1 S.C.R. 549	749
Solosky v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 821	649
Sorrells v. United States.....	287 U.S. 435 (1932)	918
Sous-ministre du Revenu c. Rainville.....	[1980] 1 R.C.S. 35.....	694
Southside Car Market Ltd. v. The Queen	[1982] 2 F.C. 755	196
Sproule, Re.....	(1886), 12 S.C.R. 140	636
St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen	(1888), 14 App. Cas. 46	677
Stewart v. The Queen	[1977] 2 S.C.R. 748	354
Stickel c. Ministre du Revenu national.....	[1972] C.F. 672.....	196
Stickel v. Minister of National Revenue.....	[1972] F.C. 672.....	196
Stubart Investments Ltd. v. The Queen.....	[1984] 1 S.C.R. 536	193
Sun Life Assurance Co. of Canada v. Jervis	[1944] A.C. 111	119
Sunbeam Corporation (Canada) Ltd. v. The Queen	[1969] S.C.R. 221	458
Swan v. Attorney General of British Columbia	(1983), 35 C.R. (3d) 135	641
Swietlinski v. The Queen	[1980] 2 S.C.R. 956	842, 884
Switzman v. Elbling	[1957] S.C.R. 285.....	119
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick.....	[1979] 2 R.C.S. 227	580, 1084
Syndicat des employés de l'imprimerie de la région de l'amiante (CSN) v. Imprimerie Roy et Laliberté Inc.	[1980] T.T. 503.....	1063
Syndicat des employés de la Commission régionale de Tilly (CSN) v. Langlois.....	[1976] T.T. 165.....	1118
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail.....	[1984] 2 R.C.S. 412	580, 1083
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board.....	[1984] 2 S.C.R. 412	580, 1083
Syndicat des employés municipaux de la Ville de Hull v. Hull (Ville de).....	[1985] C.A. 552.....	1091
Syndicat des salariés de la Boulangerie Weston (C.S.D.) v. Union des employés de commerce, local 501, T.U.A.C.	[1986] T.T. 128.....	1106
Syndicat des salariés de service d'entretien (C.S.D.) v. Montcalm Carpets Specialists Ltd.....	[1981] T.T. 273.....	1064
Syndicat des travailleurs forestiers de la division Jacques Cartier (FTPF - CSN) v. H.C. Leduc Ltée.....	[1977] T.T. 249.....	1116
Syndicat national des concierges des commissions scolaires des comtés de Richelieu, Verchères et Yamaska (CSN) v. For-Net Inc.	[1971] T.T. 146.....	1062

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Syndicat national des employés de garage de Québec Inc. (C.S.D.) v. Roy	[1987] D.L.Q. 409	293
Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida Inc. v. J.R. Théberge Ltée	[1965] R.D.T. 449	1061
Syndicat national des employés de la Commission scolaire régionale de l'Outaouais v. Services Ménagers Bordeaux	[1980] T.T. 233.....	1066

T

The King ex rel. Tolfree v. Clark	[1944] S.C.R. 69	119
The Queen v. Board of Transport Commissioners	[1968] S.C.R. 118	1021
The Queen v. Murray	[1967] S.C.R. 262	1019
The Queen v. Royal Trust Corp. of Canada	[1983] C.T.C. 159	188
The Queen v. Smith	[1981] 1 F.C. 346	673
The Queen in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool	[1983] 1 S.C.R. 205	690
Thomas v. The Queen	[1972] N.Z.L.R. 34	359
Toronto Transportation Commission v. The King	[1949] S.C.R. 510	1021
Tremblay v. La Reine	[1969] S.C.R. 431	65, 85
Trepanier, Re	(1885), 12 S.C.R. 111	636
Tupper v. The Queen	[1967] S.C.R. 589	13

U

Ungaro v. The King	[1950] S.C.R. 430	65, 85
Union des chauffeurs de camions, hommes d'entrepôts et autres ouvriers, local 106 v. Alain Lacasse Transport Inc.	[1977] T.T. 231	1124
Union des employés de commerce, local 500 T.U.A.C. (U.F.C.W.) v. Union des employés de commerce, local 501	D.T.E. 85T-521	1106
Union des employés de service d'édifices, local 298 — F.T.Q. v. Syndicat des employés de soutien de maisons d'enseignement de la Régionale Le Gardeur (CSN)	[1971] T.T. 203	1062
Union internationale des employés des services, local no. 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association	[1975] 1 R.C.S. 382	585, 1084
United Land Co. v. Great Eastern Railway Co.	(1875), L.R. 10 Ch. App. 586	671
United States v. Beck	483 F.2d 203 (1973)	514
United States v. Bueno	447 F.2d 903 (5th Cir. 1971)	931
United States v. Chavarria	493 F.2d 935 (1974)	514
United States v. Guadalupe-Garza	421 F.2d 876 (1970)	534
United States v. Kelly	55 F.2d 67 (1932)	404
United States v. King	485 F.2d 353 (1973)	514
United States v. Lincoln	494 F.2d 833 (1974)	514
United States v. Ramsey	431 U.S. 606 (1977)	514, 541
United States v. Robinson	414 U.S. 218 (1973)	411
United States v. Russell	411 U.S. 423 (1973)	925
Upper Canada College v. Smith	(1920), 61 S.C.R. 413	266

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
V		
Valentine v. Chrestensen	316 U.S. 52 (1942)	756
Vetrovec v. The Queen	[1982] 1 S.C.R. 811	850
Vézeau v. The Queen	[1977] 2 S.C.R. 277	374, 459
Vic Restaurant Inc. v. City of Montreal	[1959] S.C.R. 58	119
Ville de Montréal c. Arcade Amusements Inc.	[1985] 1 R.C.S. 368	105
Vingt-trois habitants d'Alseberg et de Beersel c. Belgique	(1963), 6 Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 333	752
Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.	425 U.S. 748 (1976)	756
Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720	[1980] 1 S.C.R. 178	589
Weeks v. United States	232 U.S. 383 (1914)	532
West v. Corbett	(1913), 47 S.C.R. 596	690
Williams v. Canadian National Railway Co.	(1976), 75 D.L.R. (3d) 87	688
Wilson v. The Queen	[1983] 2 S.C.R. 594	142, 637
Winnipeg Electric Railway Co. v. Aitken	(1921), 63 S.C.R. 586	690
Wiretap Reference	[1984] 2 S.C.R. 697	141, 156, 168
Woolmington v. Director of Public Prosecutions	[1935] A.C. 462	13
X		
X. c. Belgique	(1965), 8 Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 283	753
X. c. Irlande	(1970), 13 Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 793	753
X. v. Belgium	(1965), 8 Yearbook of the European Convention on Human Rights 282	752
X. v. Ireland	(1970), 13 Yearbook of the European Convention on Human Rights 792	753

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
A			
Act to amend the Charter of Human Rights and Freedoms, S.Q. 1982, c. 61		s. 11(c)	387
s. 16	712	s. 11(d)	3, 59, 122, 214, 387, 443, 833
s. 34	712	s. 11(f)	903
Act to amend the Charter of the French language, S.Q. 1983, c. 56		s. 15	790
s. 12	712	s. 24(1)	387, 595, 980
s. 52	712, 790	s. 24(2)	417, 495, 548, 903, 980
Act to incorporate the Woodstock Railway Com- pany, S.N.B. 1864, 27 Vict., c. 57		s. 33	712, 790
s. 24	654	Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q. 1977, c. C-12	
Act respecting the Constitution Act, 1982, S.Q. 1982, c. 21		s. 3	712, 790
s. 1	712, 790	s. 9.1	712, 790
s. 2	712	s. 10	90, 279, 712, 790
s. 7	712, 790	s. 16	279
C			
Canada Business Corporations Act, S.C. 1974-75- 76, c. 33		s. 20	279
ss. 121 to 125	1015	s. 52	712, 790
Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10		s. 57	790
s. 4(5)	59	s. 58	712, 790
Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1		s. 59	790
s. 107(2)	564	s. 60	790
s. 184(3)(a)(vi)	564	s. 61	790
Canadian Charter of Rights and Freedoms		s. 62	790
s. 1	122, 387, 443, 495, 595, 712, 790, 833	s. 69	712, 790
s. 2(b)	122, 214, 712, 790	s. 89	790
s. 7	387, 417, 595, 833	s. 114	90
s. 8	387, 417, 495, 548, 980	s. 205	712, 790
s. 9	387	s. 206	712
s. 10	387	s. 207	712
s. 10(b)	495, 548	s. 208	712
s. 11	3, 443	s. 214	712, 790
s. 11(a)	214	Constitution Act, 1867	
		s. 91	790
		s. 91(27)	214
		s. 92	790
		Constitution Act, 1982	
		s. 52	712, 790
		Corporations Tax Act, 1972, S.O. 1972, c. 143	
		s. 75(2)(a)	175

	PAGE		PAGE
s. 106(1).....	175	F	
s. 106(4).....	175		
s. 106(5).....	175		
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34		Family Law Reform Act, 1975, S.O. 1975, c. 41	
s. 7(3).....	903	s. 1(3)(a).....	256
s. 17.....	903	s. 5.....	256
s. 89(1).....	443	s. 6.....	256
s. 106.7(1).....	443	Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.),	
s. 106.7(2).....	443	c. 10	
s. 178.12(1)(e).....	148	s. 31.....	271
s. 178.13(2)(c).....	137	s. 33.....	271
s. 178.16(1)(a).....	148		
s. 179(1).....	137	H	
s. 214.....	595	Hospital Management Regulations	
s. 218.....	595	s. 37.....	417
s. 225.....	137	s. 47.....	417
s. 234(1).....	3	Hospitals Act, R.S.P.E.I. 1974, c. H-11.....	417
s. 236.....	417		
s. 237(1)(a).....	3	I	
s. 237(2).....	417	Identification of Criminals Act, R.S.C. 1970,	
s. 238(3).....	417	c. I-1	
s. 246.2(c).....	833	s. 2.....	387
s. 306(1).....	825	Insurance Act, R.S.O. 1970, c. 224	
s. 306(1)(b).....	59, 825	s. 214(b)(i).....	256
s. 306(4).....	137	Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23	
s. 309.....	137	s. 16.....	1015
s. 312.....	59		
s. 442(3).....	122	L	
s. 453.3(3).....	387	Labour Code, R.S.Q., c. C-27	
s. 455.5(5).....	387	s. 45.....	1048
s. 605(1)(a).....	903	s. 46.....	1048
s. 613(1)(a).....	1029	Limitation of Actions Act, R.S.N.B. 1973, c. L-8	
s. 613(1)(d).....	1029	s. 18.....	680
s. 618(2)(a).....	137		
s. 664(4)(d).....	171	M	
s. 669.....	595	Married Woman's Property Act, R.S.O. 1970,	
Criminal Law Amendment Act (No. 2), 1976,		c. 262	
S.C. 1974-75-76, c. 105		s. 7.....	256
s. 4.....	595		
s. 5.....	595		
s. 21.....	595		
s. 27.....	595		
Criminal Law Amendment Act, 1985, S.C. 1985,			
c. 19			
s. 137(2).....	903		
Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40			
s. 143.....	495, 548		
s. 144.....	495, 548		

	PAGE		PAGE
N			
Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1.....	893	Regulation respecting the language of commerce and business, R.R.Q., c. C-11	
s. 10(2).....	980	r. 9.....	790
P		S	
Privacy Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 111.....	417	Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19	
Public Service (Collective Bargaining Act), 1973, S.N. 1973, No. 123.....	204	s. 41.....	271
		s. 42.....	271
		s. 64.....	271
R		U	
Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2		Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970- 71-72, c. 48	
s. 342(1).....	680	s. 20.....	29
Regulation respecting the knowledge of the offi- cial language necessary to obtain a permit from a professional corporation, O.C. 2851-77, (1977) 109 G.O. II 4627		s. 20(7).....	29
s. 2(a).....	90	s. 20(7)(b).....	53
s. 3.....	90	s. 25.....	29
		s. 29.....	29
		s. 29(3).....	29
		s. 34.....	29
		s. 35.....	29
		s. 36.....	29, 53

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
A			
Act to incorporate the Woodstock Railway Company, S.N.B. 1864, 27 Vict., chap. 57			
art. 24.....	654	art. 207.....	712
		art. 208.....	712
		art. 214.....	712, 790
C			
Charte canadienne des droits et libertés		Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q. 1977, chap. C-12	
art. 1.....	122, 387, 443, 495, 595, 712, 790, 833	art. 3.....	712, 790
art. 2b).....	122, 214, 712, 790	art. 9.1.....	712, 790
art. 7.....	387, 417, 595, 833	art. 10.....	90, 279, 712, 790
art. 8.....	387, 417, 495, 548, 980	art. 16.....	279
art. 9.....	387	art. 20.....	279
art. 10.....	387	art. 52.....	712, 790
art. 10b).....	495, 548	Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1	
art. 11.....	3, 443	art. 107(2).....	564
art. 11a).....	214	art. 184(3a)(vi).....	564
art. 11c).....	387	Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34	
art. 11d).....	3, 59, 122, 214, 387, 443, 833	art. 7(3).....	903
art. 11f).....	903	art. 17.....	903
art. 15.....	790	art. 89(1).....	443
art. 24(1).....	387, 595, 980	art. 106.7(1).....	443
art. 24(2).....	417, 495, 548, 903, 980	art. 106.7(2).....	443
art. 33.....	712, 790	art. 178.12(1)e).....	148
Charte de la langue française, L.R.Q. 1977, chap. C-11		art. 178.13(2)c).....	137
art. 35.....	90	art. 178.16(1)a).....	148
art. 52.....	790	art. 179(1).....	137
art. 57.....	790	art. 214.....	595
art. 58.....	712, 790	art. 218.....	595
art. 59.....	790	art. 225.....	137
art. 60.....	790	art. 234(1).....	3
art. 61.....	790	art. 236.....	417
art. 62.....	790	art. 237(1)a).....	3
art. 69.....	712, 790	art. 237(2).....	417
art. 89.....	790	art. 238(3).....	417
art. 114.....	90	art. 246.2c).....	833
art. 205.....	712, 790	art. 306(1).....	825
art. 206.....	712	art. 306(1)b).....	59, 825
		art. 306(4).....	137
		art. 309.....	137
		art. 312.....	59
		art. 442(3).....	122
		art. 453.3(3).....	387
		art. 455.5(5).....	387

	PAGE		PAGE
art. 605(1)a.....	903	Loi constitutionnelle de 1867	
art. 613(1)a.....	1029	art. 91.....	790
art. 613(1)d.....	1029	art. 91(27).....	214
art. 618(2)a.....	137	art. 92.....	790
art. 664(4)d.....	171	Loi constitutionnelle de 1982	
art. 669.....	595	art. 52.....	712, 790
Code du travail, L.R.Q., chap. C-27		Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23	
art. 45.....	1048	art. 16.....	1015
art. 46.....	1048	Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, chap. 48	
Corporations Tax Act, 1972, S.O. 1972, chap. 143		art. 20.....	29
art. 75(2)a.....	175	art. 20(7).....	29
art. 106(1).....	175	art. 20(7)b).....	53
art. 106(4).....	175	art. 25.....	29
art. 106(5).....	175	art. 29.....	29
		art. 29(3).....	29
F		art. 34.....	29
Family Law Reform Act, 1975, S.O. 1975, chap. 41		art. 35.....	29
art. 1(3)a.....	256	art. 36.....	29, 53
art. 5.....	256	Loi de 1976 modifiant le droit pénal, n° 2, S.C. 1974-75-76, chap. 105	
art. 6.....	256	art. 4.....	595
		art. 5.....	595
		art. 21.....	595
		art. 27.....	595
H		Loi de 1985 modifiant le droit pénal, S.C. 1985, chap. 19	
Hospital Management Regulations		art. 137(2).....	903
art. 37.....	417	Loi modifiant la Charte de la langue française, L.Q. 1983, chap. 56	
art. 47.....	417	art. 12.....	712
Hospitals Act, R.S.P.E.I. 1974, chap. H-11.....	417	art. 52.....	712, 790
		Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne, L.Q. 1982, chap. 61	
		art. 16.....	712
		art. 34.....	712
I		Loi sur l'identification des criminels, S.R.C. 1970, chap. I-1	
Insurance Act, R.S.O. 1970, chap. 224		art. 2.....	387
art. 214b)(i).....	256	Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2 ^e supp.), chap. 10	
		art. 31.....	271
		art. 33.....	271
L		Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19	
Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982, L.Q. 1982, chap. 21		art. 41.....	271
art. 1.....	712, 790	art. 42.....	271
art. 2.....	712	art. 64.....	271
art. 7.....	712, 790		

	PAGE		PAGE
M			
Loi sur la prescription, L.R.N.-B. 1973, chap. L-8 art. 18.....	680	Married Woman's Property Act, R.S.O. 1970, chap. 262 art. 7.....	256
Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10 art. 4(5)	59		
P			
Loi sur la protection des renseignements person- nels, S.C. 1980-81-82-83, chap. 111	417	Public Service (Collective Bargaining Act), 1973, S.N. 1973, No. 123.....	204
Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, chap. R-2 art. 342(1)	680		
R			
Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40 art. 143	495, 548	Règlement relatif à la connaissance de la langue officielle nécessaire pour l'obtention d'un per- mis d'un ordre professionnel, A.C. 2851-77, (1977) 109 G.O. II 4627 art. 2a)	90
	495, 548	art. 3.....	90
Loi sur les sociétés commerciales canadiennes, S.C. 1974-75-76, chap. 33 art. 121 à 125	1015	Règlement sur la langue du commerce et des affaires, R.R.Q., chap. C-11 r. 9.....	790
Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1..... art. 10(2)	893 980		

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Abella, Rosalie S. <i>Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi</i> . Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services du Canada, 1984.....	103
Abella Rosalie S. <i>Report of the Commission on Equality in Employment</i> Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.....	103
American Law Institute. <i>Model Penal Code and Commentaries</i> . As adopted at the 1962 annual meeting of the American Law Institute at Washington, D.C., May 24, 1962. Philadelphia: American Law Institute, 1980.....	938
Ashworth, A. J. "Reason, Logic and Criminal Liability" (1975), 91 <i>L.Q.R.</i> 102.....	866
Association Henri Capitant. <i>Vocabulaire juridique</i> . Publié sous la direction de Gérard Cornu. Paris: P.U.F., 1987.....	1114
Association médicale canadienne. <i>Code de déontologie</i>	433
Bisson, Alain-François. "La Charte québécoise des droits et libertés de la personne et le dogme de l'interprétation spécifique des textes constitutionnels" (1986), 17 <i>R.D.U.S.</i> 19.....	330
Black, William. "Charter of Rights — Application to Pre-Enactment Events" (1982), <i>U.B.C. L. Rev. (Charter Ed.)</i> 59.....	625
Borrie, Sir Gordon. <i>Borrie and Lowe's Law of Contempt</i> , 2nd ed. By Nigel Lowe; consultant editor, Sir Gordon Borrie. London: Butterworths, 1983.....	236
Boyle, Christine. <i>Sexual Assault</i> . Toronto: Carswells, 1984.....	858
Brière, Marc, Robert P. Gagnon et Catherine Saint-Germain. <i>La transmission de l'entreprise en droit du travail</i> . Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1982.....	1061
Bulletin d'interprétation IT-112, 10 juillet 1973, "Révision des réclamations de l'amortissement du coût en capital".....	195
Bulletin d'interprétation IT-487, 26 avril 1982, "Exceptions d'ordre général concernant la déduction des débours ou des dépenses".....	189
Campbell, Donald. "Fingerprints: A Review," [1985] <i>Crim. L. Rev.</i> 195.....	399
Canada. Canadian Sentencing Commission. <i>Sentencing Reform: A Canadian Approach</i> . Ottawa: The Commission, 1987.....	644
Canada. Comité sur la correction. Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. <i>Justice pénale et correction: un lien à forger</i> . (Le rapport Ouimet). Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1969.....	401
Canada. Commission canadienne sur la détermination de la peine. <i>Sentencing Reform: A Canadian Approach</i> . Ottawa: La Commission, 1987.....	644
Canada. Commission de réforme du droit. <i>Les méthodes d'investigation scientifiques</i> (document de travail 34). Ottawa: Commission de réforme du droit, 1984.....	411

Canada. Commission de réforme du droit. <i>Rapport sur les techniques d'investigation policière et les droits de la personne</i> (n° 25). Ottawa: Commission de réforme du droit, 1985.....	438
Canada. Commission royale chargée d'étudier la défense d'aliénation mentale en matière criminelle. <i>Rapport de la Commission royale chargée d'étudier la défense d'aliénation mentale en matière criminelle</i> . Hull: Imprimeur de la Reine, 1956.....	1041
Canada. Committee on Corrections. Report of the Canadian Committee on Corrections. <i>Toward Unity: Criminal Justice and Corrections</i> . (The Ouimet Report). Ottawa: Queen's Printer, 1969.....	401
Canada. Law Reform Commission. <i>Investigative Tests</i> (Working Paper 34). Ottawa: Law Reform Commission, 1984.....	411
Canada. Law Reform Commission. <i>Report on Obtaining Forensic Evidence</i> (No. 25). Ottawa: Law Reform Commission, 1985.....	438
Canada. Rapport du groupe d'étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice. <i>L'ordinateur et la vie privée</i> . Ottawa: Information Canada, 1972.....	428
Canada. Report of the Task Force established by the Department of Communications/Department of Justice. <i>Privacy and Computers</i> . Ottawa: Information Canada, 1972.....	428
Canada. Royal Commission on the Law of Insanity as a Defence in Criminal Cases. <i>Report of the Royal Commission on the Law of Insanity as a Defence in Criminal Cases</i> . Hull: Queen's Printer, 1956.....	1041
Canada. Sénat. <i>Débats du Sénat</i> . Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1971.....	401
Canada. Senate. <i>Debates of the Senate</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1971.....	401
Canada. Solicitor General. <i>Evaluation of the Canadian Gun Control Legislation. First Progress Report</i> . Project team: Elizabeth Scarff, et al. Ottawa: Solicitor General Canada, Research Division, 1981.....	473
Canada. Solliciteur général. <i>L'évaluation des mesures législatives canadiennes relatives au contrôle des armes à feu: premier rapport provisoire</i> . Groupe de travail: Elizabeth Scarff, et al. Ottawa: Solliciteur général Canada, Division de la recherche, 1981.....	473
Canadian Medical Association. <i>Code of Ethics</i>	433
Capitant, Henri. <i>Vocabulaire juridique</i> . Paris: P.U.F., 1936.....	1114
Chevrette, François. "La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne: le dit et le non-dit" (1987), 21 <i>R.J.T.</i> 461.....	818
Colvin, Eric. "A Theory of the Intoxication Defence" (1981), 59 <i>Can. Bar Rev.</i> 750.....	867
Colvin, Eric. <i>Principles of Criminal Law</i> . Toronto: Carswells, 1986.....	947
Connelly, Peter J. "Drunkenness and Mistake of Fact: Pappajohn v. The Queen; Swietlinski v. The Queen" (1981), 24 <i>Crim. L.Q.</i> 49.....	858
Corniot, S. <i>Dictionnaire de droit</i> , t. I. Paris: Dalloz, 1966.....	1114
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> . Cowansville, Québec: Yvon Blais, Inc. 1982.....	265, 744
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> . Translated by Katherine Lippel, John Philpot and Bill Schabas. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1984.....	265, 744
Cross, Sir Rupert. "Blackstone v. Bentham" (1976), 92 <i>L.Q.R.</i> 516.....	866
Cross, Sir Rupert. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. <i>Cross on Evidence</i> , 6th ed. London: Butterworths, 1985.....	359
Cross, Sir Rupert. <i>The Golden Thread of the English Criminal Law</i> . Cambridge: Cambridge University Press, 1976.....	465
De Smith, S. A. <i>Constitutional and Administrative Law</i> , 4th ed. By Harry Street and Rodney Brazier. Harmondsworth, Eng.: Penguin Books, 1981.....	1088
De Smith, S. A. <i>Judicial Review of Administrative Action</i> , 4th ed. By J. M. Evans. London: Stevens & Sons, 1980.....	1083

De Villargues, Rolland. <i>Dictionnaire du droit civil, commercial et criminel</i> , t. 1, 4 ^e éd. Brussels: Meline, Cans et Cie, 1889.....	1113
<i>Debates of the House of Commons</i> , 3rd Sess., 20th Parl., 11 Geo. VI, 1947, vol. VI, p. 5048.....	25
<i>Debates of the House of Commons</i> , 4th Sess., 24th Parl., 9-10 Eliz. II, 1960-61, vol. VI, p. 6570.....	1042
<i>Débats de la Chambre des communes</i> , 3 ^e Sess., 20 ^e Parl., 11 Geo. VI, 1947, vol. VI, p. 5048.....	25
<i>Débats de la Chambre des communes</i> , 4 ^e Sess., 24 ^e Parl., 9-10 Eliz. II, 1960-61, vol. VI, pp. 6801, 6802.....	1042
Delisle, Ronald Joseph. <i>Evidence, Principles and Problems</i> . Toronto: Carswells, 1984.....	84, 476
<i>Dictionnaire de droit privé</i> . Comité de rédaction: Paul-A. Crépeau <i>et al.</i> Montréal: Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1985.....	1114
Dion, Gérard. <i>Dictionnaire canadien des relations du travail</i> , 2 ^e éd. Québec: Presses de l'Université Laval, 1986.....	1080
Doherty, David H. "Regina v. O'Connor: Mens Rea Survives in Australia" (1981), 19 <i>U.W.O. L. Rev.</i> 281.....	857
Donnelly, Richard C. "Judicial Control of Informants, Spies, Stool Pigeons, and Agent Provocateurs" (1951), 60 <i>Yale L.J.</i> 1091.....	917
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.....	262
Emerson, Thomas I. "Toward a General Theory of the First Amendment" (1963), 72 <i>Yale L.J.</i> 877.....	765
Ewart, J. Douglas, Michael Lomer and Jeff Casey. <i>Documentary Evidence in Canada</i> . Toronto: Carswells, 1984.....	476
Finley, David. "The Presumption of Innocence and Guilt: Why Carroll Should Prevail Over Oakes" (1984), 39 <i>C.R.</i> (3d) 115.....	462
Fishman, Joshua A. <i>The Sociology of Language: An Interdisciplinary social approach to language in society</i> . Rowley, Mass.: Newbury House Publishers, 1972.....	750
Fletcher, George P. <i>Rethinking Criminal Law</i> . Boston: Little, Brown, 1978.....	945
France, Simon. "Problems in the Defence of Entrapment" (1988), 22 <i>U.B.C. Law Rev.</i> 1.....	953
Friedland, Martin L. <i>A Century of Criminal Justice</i> . Toronto: Carswells, 1984.....	473
Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. <i>Droit du travail</i> . Québec: Les Presses de l'Université Laval, 1987.....	1061
Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. <i>Droit du travail en vigueur au Québec</i> . Québec: Les Presses de l'Université Laval, 1971.....	578
Gagnon, Robert P. <i>Droit du travail</i> . Dans Cours de la formation professionnelle du Barreau du Québec 1986-87, vol. 8. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1987.....	1108
Garant, Patrice. <i>La fonction publique canadienne et québécoise</i> . Québec: Les Presses de l'Université Laval, 1973.....	313
Guillien, Raymond et Jean Vincent. <i>Lexique de termes juridiques</i> , 5 ^e éd. Paris: Dalloz, 1981.....	1115
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 11, 4th ed. London: Butterworths, 1976.....	464
Harvey, D. A. Cameron. <i>The Law of Habeas Corpus in Canada</i> . Toronto: Butterworths, 1974.....	632
Hawley, Donna Lea. <i>Canadian Firearms Law</i> . Toronto: Butterworths, 1988.....	473
Hébert, Gérard et Gilles Trudeau. <i>Les normes minimales du travail au Canada et au Québec</i> . Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1987.....	1108
Hogg, Peter W. <i>Liability of the Crown in Australia, New Zealand and the United Kingdom</i> . Australia: Law Book Co., 1971.....	1023
Hogg, Peter. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.....	807
Interpretation Bulletin IT-112, July 10, 1973, "Revision of Capital Cost Allowance Claims".....	195
Interpretation Bulletin IT-487, April 26, 1982, "General Limitation on Deduction of Outlays or Expenses".....	189

Jackson, Paul. <i>The Law of Easements and Profits</i> . London: Butterworths, 1978.....	670
Jackson, Thomas H. and John Calvin Jeffries. "Commercial Speech: Economic Due Process and the First Amendment" (1979), 65 <i>Va. L. Rev.</i> 1.....	759
Jacob, I. H. "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1970), 23 <i>Current Legal Problems</i> 23.....	240
Jèze, Gaston. <i>Les principes généraux du droit administratif</i> , livre II, 3 ^e éd. Paris: Michel Giard, 1930.....	312
Jowitt, William Allen, 1st Earl. <i>Jowitt's Dictionary of English Law</i> , 2nd ed., vol. 1. By Earl Jowitt and Clifford Walsh. Second edition by John Burke. London: Sweet and Maxwell, 1977.....	234
Kurland, Philip B. " <i>Posadas de Puerto Rico v. Tourism Company</i> : 'Twas Strange, 'Twas Passing Strange; 'Twas Pitiful, 'Twas Wondrous Pitiful," [1986] <i>Sup. Ct. Rev.</i> 1.....	759
LaFave, Wayne R. <i>Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment</i> , 2nd ed., vol. 3. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1987.....	514
Langlois, Raynold. "Les clauses limitatives des Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés et le fardeau de la preuve". Dans <i>Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne</i> . Sous la direction de Daniel Turp et de Gérald A. Beaudoin. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1986, pp. 159 à 186.....	770
Le Dain, Gerald. "The Supervisory Jurisdiction in Quebec" (1957), 36 <i>Can. Bar. Rev.</i> 788.....	805
Létourneau, Gilles. <i>The Prerogative Writs in Canadian Criminal Law and Procedure</i> . Toronto: Butterworths, 1976.....	632
Lively, Donald E. "The Supreme Court and Commercial Speech: New Words with an Old Message" (1987), 72 <i>Minn. L. Rev.</i> 289.....	759
MacNeil, Michael. "Recent Developments in Canadian Law: Labour Law" (1986), 18 <i>Ottawa L.R.</i> 83.....	592
Mahoney, Richard. "The Presumption of Innocence: A New Era" (1988), 67 <i>Can. Bar. Rev.</i> 1.....	462
Marshall, T. David. <i>The Physician and Canadian Law</i> , 2nd ed. Toronto: Carswells, 1979.....	433
Maxwell, Sir Peter B. <i>Maxwell on Statutory Interpretation</i> , 12th ed. By P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969.....	265
McNairn, Colin H. H. <i>Governmental and Intergovernmental Immunity in Australia and Canada</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1977.....	1023
McRuer, Hon. J. C. "Criminal Contempt of Court Procedure: A Protection to the Rights of the Individual" (1952), 30 <i>Can. Bar. Rev.</i> 225.....	233
McWilliams, Peter K. <i>Canadian Criminal Evidence</i> , 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1984.....	84
Mewett, Alan W. and Morris Manning. <i>Criminal Law</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.....	888
Michalyshyn, Peter B. "The Charter Right to Counsel: Beyond <i>Miranda</i> " (1987), 25 <i>Alta. L. Rev.</i> 190.....	540
Miller, C. J. <i>Contempt of Court</i> . London: Paul Elek, 1976.....	235
Moenssens, Andre A. <i>Fingerprints and the Law</i> . Philadelphia: Chilton Book Co., 1969.....	406
Nadeau, Gaston. "Le contrôle judiciaire des tribunaux du travail — Quelques commentaires sur la révision des sentences arbitrales par la Cour Suprême du Canada" in Meredith Memorial Lectures, 1980, Faculty of Law, McGill University. <i>New Developments in Federal and Provincial Labour Law</i> . Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1981.....	591
Nadeau, Gaston. <i>Le statut juridique du salarié-gréviste québécois</i> . Québec: Les Presses de l'Université Laval, 1981.....	578
Newfoundland Association of Public Employees. <i>Constitution of the Newfoundland Association of Public Employees</i> . Article III, s. 8(a)(xiii).....	206
Ontario. Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information. <i>Report of the Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information</i> . (The Krever Commission). Toronto: The Commission, 1980.....	433
Park, Roger. "The Entrapment Controversy" (1976), 60 <i>Minn. L.R.</i> 163.....	949

Perraud-Charmantier, A. <i>Petit dictionnaire de droit</i> . Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, [1948].....	1114
Phipson, Sidney Lovell. <i>Phipson on Evidence</i> , 13th ed. By John Huxley Buzzard, Richard May and M. N. Howard. London: Sweet & Maxwell, 1982.....	78
Proulx, Daniel. "Égalité et discrimination dans la Charte des droits et libertés de la personne: étude comparative" (1980), 10 <i>R.D.U.S.</i> 381.....	99
Québec. Commission des normes du travail. <i>Loi sur les normes du travail, règlement sur les normes du travail, Loi sur la fête nationale: interprétation et jurisprudence</i> . Québec: Gouvernement du Québec, Commission des normes du travail, 1986.....	1108
Quigley, Tim. "Reform of the Intoxication Defence" (1987), 33 <i>McGill L.J.</i> 1.....	854
Ratushny, Edward. "Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle," dans Gérald-A. Beaudoin et Walter Surma Tarnopolsky, éd., <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> . Montréal: Wilson & Lafleur/Sorej, 1982.....	475
Ratushny, Edward. "The Role of the Accused in the Criminal Process," in Gérald-A. Beaudoin and Walter Surma Tarnopolsky, eds., <i>The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary</i> . Toronto: Carswells, 1982.....	475
Robert, Paul. <i>Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française</i> , vol. III. Paris: Le Robert, 1981, "institution".....	325
Rossum, Ralph A. "The Entrapment Defense and The Teaching of Political Responsibility: The Supreme Court as Republican Schoolmaster" (1978), 6 <i>Amer. J. Crim. Law</i> 287.....	938
Sack, Jeffrey and C. Michael Mitchell. <i>Ontario Labour Relations Board: Law and Practice</i> . Toronto: Butterworths, 1985.....	577
Sharpe, Robert J. "Commercial Expression and the Charter" (1987), 37 <i>U. of T.L.J.</i> 229.....	759
Sharpe, Robert J. <i>Injunctions and Specific Performance</i> . Toronto: Canada Law Books, 1983.....	673
Sharpe, Robert J. <i>The Law of Habeas Corpus</i> . Oxford: Clarendon Press, 1976.....	632
Smith, George. "Footnote to O'Connor's Case" (1981), 5 <i>Crim. L.J.</i> 270.....	848
Stuart, Donald. Annotation (1983), 32 C.R. (3d) 308.....	71
Stuart, Donald. <i>Canadian Criminal Law</i> , 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.....	462, 852, 857
"The Supreme Court—Leading Cases" (1986), 100 <i>Harv. L. Rev.</i> 100.....	759
Thornton, Mark T. "Making Sense of <i>Majewski</i> " (1981), 23 <i>Crim. L.Q.</i> 465.....	867
United States. National Commission for the Review of Federal and State Laws Relating to Wiretapping and Electronic Surveillance. <i>Commission Studies</i> . Washington, 1976.....	161
United States. U.S. National Commission on Reform of Federal Laws. <i>A Proposed New Federal Criminal Code</i> . (Brown Commission Final Report.).....	938
Wade, H. W. R. Judicial Review—Comment, in response to Peter A. Gall, "Judicial Review of Labour Tribunals: A Functional Approach", in <i>Proceedings of the Administrative Law Conference</i> , University of British Columbia, 1979. Vancouver: U.B.C. Law Review, 1981.....	586
Watt, David. <i>Law of Electronic Surveillance in Canada</i> . Toronto: Carswells, 1979.....	161
Watt, J. D. <i>The New Offences Against the Person</i> . Toronto: Butterworths, 1984.....	870
Weiler, Paul. <i>Reconcilable Differences</i> . Toronto: Carswells, 1980.....	231
Weinberg, Jonathan. "Constitutional Protection of Commercial Speech" (1982), 82 <i>Colum. L. Rev.</i> 720.....	759
Westin, Alan F. <i>Privacy and Freedom</i> . New York: Atheneum, 1970.....	427
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 9. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1981.....	360
Wigmore, John Henry. <i>Wigmore on Evidence</i> , 3rd ed., vol 9. Boston: Little, Brown & Co., 1940.....	84

Wigmore, John Henry. <i>Wigmore on Evidence</i> , vol. 7, 3rd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1940	476
Williams, Glanville Llewelyn. <i>Textbook of Criminal Law</i> , 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983	888
Williams, Glanville Llewelyn. <i>The Proof of Guilt</i> , 3rd ed. London: Stevens & Sons, 1963	465, 490

La Caisse de dépôt et placement du Québec
Appellant

v.

Frederick H. Sparling *Respondent*

and

**The Attorney General of Quebec and the
Attorney General for Alberta** *Intervenors*

INDEXED AS: SPARLING v. QUEBEC (CAISSE DE DÉPÔT
ET PLACEMENT DU QUÉBEC)

File No.: 19377.

1988: February 4; 1988: December 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Crown — Immunity — Provincial Crown agent purchasing shares of a corporation governed by federal statute — Agent refusing to submit insider report as required by federal statute — Whether agent bound by insider reporting provisions — Application of the benefit/burden exception to Crown immunity — Canada Business Corporations Act, S.C. 1974-75-76, c. 33, s. 122(2), (4) — Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 16.

Appellant, an agent of the Crown in right of Quebec, purchased more than 10 per cent of the shares of a company governed by the *Canada Business Corporations Act* and so became an insider of that company for the purposes of ss. 121 and 122 of the Act. It nevertheless refused to submit an insider report to the respondent contending that, by virtue of Crown immunity as provided by s. 16 of the federal *Interpretation Act*, it was exempt from the application of subss. 122(2) and (4). Section 16 provided that "No enactment is binding on Her Majesty . . . except as therein mentioned or referred to". Respondent sought a declaration from the Superior Court that the appellant was bound by the provisions of the *Canada Business Corporations Act* relating to the rights and obligations of shareholders and that it was thus required to produce the insider report. The Superior Court dismissed respondent's motion holding that s. 16 of the *Interpretation Act* rendered subss. 122(2) and (4) inapplicable with respect to the appellant. The Court of Appeal reversed the judgment.

* Estey and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

La Caisse de dépôt et placement du Québec
Appelante

c.

a Frederick H. Sparling *Intimé*

et

**b Le procureur général du Québec et le
procureur général de l'Alberta** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: SPARLING c. QUÉBEC (CAISSE DE DÉPÔT
ET PLACEMENT DU QUÉBEC)

N° du greffe: 19377.

c 1988: 4 février; 1988: 15 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

d

Couronne — Immunité — Achat par un agent de la couronne du chef d'une province d'actions d'une société régie par une loi fédérale — Refus de l'agent de produire le rapport d'initié exigé par la loi fédérale — L'agent est-il lié par les dispositions relatives au rapport d'initié? — Application de l'exception fondée sur les avantages et les obligations à l'immunité de la Couronne — Loi sur les sociétés commerciales canadiennes, S.C. 1974-75-76, chap. 33, art. 122(2), (4) — Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 16.

L'appelante, un agent de la couronne du chef du Québec, a acheté plus de 10 pour 100 des actions d'une compagnie régie par la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* et est ainsi devenu un initié de cette compagnie aux fins des art. 121 et 122 de la Loi. Elle a néanmoins refusé de produire un rapport d'initié à l'intimé, prétendant que, en vertu de l'immunité de la Couronne prévue à l'art. 16 de la *Loi d'interprétation* fédérale, elle était exemptée de l'application des par. 122(2) et (4). L'article 16 prévoit que «Nul texte législatif [. . .] ne lie Sa Majesté [. . .] sauf dans la mesure y mentionnée ou prévue». L'intimé a demandé à la Cour supérieure de déclarer que l'appelante est liée par les dispositions de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* relatives aux droits et aux obligations des actionnaires et qu'elle est ainsi tenue de produire le rapport d'initié. La Cour supérieure a rejeté la requête de l'intimé, concluant que l'art. 16 de la *Loi d'interprétation* rendait les par. 122(2) et (4) inapplicables à l'appelante. La Cour d'appel a infirmé le jugement.

* Les juges Estey et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

Held: The appeal should be dismissed.

The insider reporting provisions of the *Canada Business Corporations Act* applied to the appellant. Although the Act did not "mention or refer" to the Crown in the sense required by s. 16 of the *Interpretation Act*, appellant, by purchasing shares, implicitly accepted the benefits of the statute and chose to bring itself within the purview of the law relating to shareholders. The Crown could not accept the benefit of the law without also incurring its burdens.

The application of the benefit/burden exception to Crown immunity does not result in subsuming the Crown under any and every regulatory scheme that happens to govern a particular state of affairs. Its application depends not upon the existence or breadth of a statutory scheme regulating an area of commerce or other activity, but upon the relationship or nexus between the benefit sought to be taken from a statutory or regulatory provision and the burdens attendant upon that benefit. The focus is not on the source of the rights and obligations but on their content, their interrelationship. In this case, the interrelationship between the rights and obligations acquired by the purchaser of a share was so close both conceptually and historically that there could be no question of the application of the benefit/burden exception. A share is not an entity independent of the statutory provisions that govern its possession and exchange. Those provisions define the very rights and liabilities that constitute the share's existence. The Crown, when it purchases a share of a company to which the *Canada Business Corporations Act* applies, is thus bound by the entirety of the Act in so far as it defines and regulates the rights and obligations of shareholders.

Cases Cited

Referred to: *Her Majesty in right of the Province of Alberta v. Canadian Transport Commission*, [1978] 1 S.C.R. 61; *The Queen v. Murray*, [1967] S.C.R. 262; *Crooke's Case* (1691), 1 Show. K.B. 208, 89 E.R. 540; *The Queen v. Board of Transport Commissioners*, [1968] S.C.R. 118; *Toronto Transportation Commission v. The King*, [1949] S.C.R. 510; *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551; *R. v. Ouellette*, [1980] 1 S.C.R. 568; *Province of Bombay v. Municipal Corporation of Bombay*, [1947] A.C. 58; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Bank of Montreal v. Bay Bus Terminal (North Bay) Ltd.* (1971), 24 D.L.R. (3d) 13 (Ont. H.C.), aff'd (1972), 30 D.L.R. (3d) 24 (Ont. C.A.)

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les dispositions de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* visant les rapports d'initié s'appliquent à l'appelante. Bien que la Couronne ne soit pas «mentionnée ou prévue» dans la Loi au sens où l'entend l'art. 16 de la *Loi d'interprétation*, l'appelante, en achetant des actions, a implicitement accepté les avantages de la loi et a choisi de se placer dans le champ d'application du droit relatif aux actionnaires. La Couronne ne peut revendiquer les avantages de la loi sans en assumer également les obligations.

L'application de l'exception fondée sur les avantages et les obligations à l'immunité de la Couronne ne signifie pas que cette dernière se trouve visée par chaque régime réglementaire régissant un état de choses particulier. Son application ne dépend pas de l'existence ou de la portée d'un régime législatif régissant une branche du commerce ou une autre activité, mais du rapport ou du lien entre l'avantage que l'on veut tirer d'une disposition légale ou réglementaire, et les obligations afférentes à ces avantages. On ne met pas l'accent sur la source des droits et des obligations, mais sur leur contenu, sur les rapports qui existent entre eux. En l'espèce, le lien entre les droits et les obligations dévolus à l'acheteur d'une action est si étroit aussi bien du point de vue conceptuel qu'historique que l'application de l'exception fondée sur les avantages et les obligations ne saurait faire aucun doute. Une action n'est pas une entité indépendante des dispositions légales qui régissent sa possession et son échange. Ces dispositions définissent les droits et les responsabilités mêmes qui constituent l'existence de l'action visée. La Couronne, lorsqu'elle achète une action d'une société à laquelle s'applique la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*, est liée par l'ensemble de la Loi dans la mesure où elle définit et régit les droits et obligations des actionnaires.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Sa Majesté du chef de la province de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*, [1978] 1 R.C.S. 61; *The Queen v. Murray*, [1967] R.C.S. 262; *Crooke's Case* (1691), 1 Show. K.B. 208, 89 E.R. 540; *The Queen v. Board of Transport Commissioners*, [1968] R.C.S. 118; *Toronto Transportation Commission v. The King*, [1949] R.C.S. 510; *R. c. Eldorado Nucléaire Liée*, [1983] 2 R.C.S. 551; *R. c. Ouellette*, [1980] 1 R.C.S. 568; *Province of Bombay v. Municipal Corporation of Bombay*, [1947] A.C. 58; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Bank of Montreal v. Bay Bus Terminal (North Bay) Ltd.* (1971), 24 D.L.R. (3d) 13 (H.C. Ont.), conf. (1972), 30 D.L.R. (3d) 24 (C.A. Ont.)

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the Caisse de dépôt et placement du Québec, R.S.Q. 1977, c. C-2, s. 4.
Canada Business Corporations Act, S.C. 1974-75-76, c. 33 [am. 1978-79, c. 9], ss. 121 to 125.
Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 16.

Authors Cited

Hogg, Peter W. *Liability of the Crown in Australia, New Zealand and the United Kingdom*. Australia: Law Book Co., 1971.
 McNairn, Colin H. H. *Governmental and Intergovernmental Immunity in Australia and Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 1977.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1985] C.A. 164, 22 D.L.R. (4th) 336, 29 B.L.R. 259, setting aside a judgment of the Superior Court, J.E. 82-992. Appeal dismissed.

Gérald Tremblay, Q.C., and *Martin Boodman*, for the appellant.

Gaspard Côté, Q.C., and *Claude Joyal*, for the respondent.

René Morin and *Denis Lemieux*, for the intervenor the Attorney General of Quebec.

D. W. Kinloch, for the intervenor the Attorney General for Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

LA FOREST J.—The sole issue in this appeal is whether the Caisse de dépôt et placement du Québec, as an agent of the Crown in right of the Province of Quebec, may invoke Crown immunity as provided in s. 16 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, and put itself outside the purview of the provisions of the *Canada Business Corporations Act*, S.C. 1974-75-76, c. 33, as amended, relating to the rights and obligations of shareholders, and in particular of ss. 121 to 125 of that Act, the insider trading provisions.

Facts

The appellant is a corporation created by *An Act respecting the Caisse de dépôt et placement*

Lois et règlements cités

Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 16.
Loi sur la Caisse de dépôt et placement du Québec, L.R.Q. 1977, chap. C-2, art. 4.
^a *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*, S.C. 1974-75-76, chap. 33 [mod. 1978-79, chap. 9], art. 121 à 125.

Doctrine citée

^b Hogg, Peter W. *Liability of the Crown in Australia, New Zealand and the United Kingdom*. Australia: Law Book Co., 1971.
 McNairn, Colin H. H. *Governmental and Intergovernmental Immunity in Australia and Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 1977.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1985] C.A. 164, 22 D.L.R. (4th) 336, 29 B.L.R. 259, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, J.E. 82-992. Pourvoi rejeté.

^d *Gérald Tremblay, c.r.*, et *Martin Boodman*, pour l'appelante.

^e *Gaspard Côté, c.r.*, et *Claude Joyal*, pour l'intimé.

René Morin et *Denis Lemieux*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

^f *D. W. Kinloch*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LA FOREST—La seule question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si la Caisse de dépôt et placement du Québec, en sa qualité d'agent de la couronne du chef de la province de Québec, peut invoquer l'immunité de la Couronne énoncée à l'art. 16 de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23, et se soustraire de la sorte à l'application des dispositions de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*, S.C. 1974-75-76, chap. 33 et modifications, relativement aux droits et aux obligations des actionnaires, et plus particulièrement échapper à l'application des art. 121 à 125 de la Loi, qui ont trait aux transactions d'initiés.

Les faits

^j L'appelante est une société créée par la *Loi sur la Caisse de dépôt et placement du Québec*,

du Québec, R.S.Q. 1977, c. C-2. Section 4 of that Act provides in part:

4. The Fund [the Caisse] shall be an agent of the Crown in right of Québec.

The moveable and immoveable property belonging to the Fund shall be the property of the Crown in right of Québec.

The Caisse de dépôt et placement du Québec was created for the purpose of managing and investing funds received by the government under various statutory programs such as the Quebec Pension Plan. It accordingly handles very substantial sums of public money.

At the time the present motion was brought, the Caisse and the Société générale de financement du Québec jointly owned or controlled 44.3 per cent of the outstanding shares of Domtar Inc. The Caisse itself owned or controlled over 22.7 per cent of the issued common shares of Domtar, a publicly traded company governed by and continued under the *Canada Business Corporations Act*.

Subsections 122(2) and (4) of the *Canada Business Corporations Act* provide:

122. . . .

(2) A person who becomes an insider shall, within ten days after the end of the month in which he becomes an insider, send to the Director an insider report in the prescribed form.

(4) An insider whose interest in securities of a distributing corporation changes from that shown or required to be shown in the last insider report sent or required to be sent by him shall, within ten days after the end of the month in which such change takes place, send to the Director an insider report in the prescribed form.

It is common ground that the Caisse by virtue of its ownership of more than 10 per cent of the shares of Domtar became an insider of that corporation for the purposes of ss. 121 and 122 of the *Canada Business Corporations Act*. Nevertheless, the Caisse refused to submit to the Director an insider report in the prescribed form. The Caisse contends that by virtue of Crown immunity as provided in s. 16 of the *Interpretation Act* it is exempt from the application of subs. 122(2) and

L.R.Q. 1977, chap. C-2. L'article 4 de cette loi dit notamment ce qui suit:

4. La Caisse est un agent de la couronne du chef du Québec.

^a Les biens meubles et immeubles en la possession de la Caisse sont la propriété de la couronne du chef du Québec.

^b La Caisse de dépôt et placement du Québec a été créée pour gérer et placer des fonds perçus par le gouvernement en vertu de divers programmes établis par la loi, comme le Régime de rentes du Québec. Elle administre en conséquence des montants très importants de deniers publics.

^c Au moment où a été soumise la présente requête, la Caisse et la Société générale de financement du Québec possédaient ou contrôlaient conjointement 44,3 pour 100 des actions en circulation de Domtar Inc. La Caisse elle-même possédait ou contrôlait plus de 22,7 pour 100 des actions ordinaires en cours de Domtar, compagnie ouverte régie et prorogée par la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*.

^d Les paragraphes 122(2) et (4) de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* prévoient:

122. . . .

^e (2) La personne qui devient initiée doit, dans les dix jours de la fin du mois où elle acquiert cette qualité, envoyer au Directeur un rapport en la forme prescrite.

^f (4) Les initiés doivent envoyer au Directeur un rapport en la forme prescrite indiquant à toute modification de leurs intérêts dans les valeurs mobilières d'une société ayant fait appel au public, dans les dix jours de la fin du mois où cette modification est intervenue.

^g Il n'est pas contesté que, comme la Caisse possède plus de 10 pour 100 des actions de Domtar, elle est devenue une initiée de cette société pour l'application des art. 121 et 122 de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*. La Caisse a néanmoins refusé de déposer auprès du Directeur un rapport d'initié en la forme prescrite. La Caisse prétend qu'en vertu de l'immunité de la Couronne énoncée à l'art. 16 de la *Loi d'interprétation*, elle est exemptée de l'application des par. 122(2) et (4)

(4) of the *Canada Business Corporations Act*. Section 16 of the *Interpretation Act* reads as follows:

16. No enactment is binding on Her Majesty or affects Her Majesty or Her Majesty's rights or prerogatives in any manner, except only as therein mentioned or referred to.

In response to the refusal by the Caisse to file the insider report, the respondent Director filed a motion for declaratory judgment declaring that the appellant is bound by the provisions of the *Canada Business Corporations Act* relating to the rights and obligations of shareholders and that the appellant is required to produce the insider report according to the terms of the *Canada Business Corporations Act*.

The Courts Below

Hannan J. in the Superior Court, J.E. 82-992, held that this Court's decision in *Her Majesty in right of the Province of Alberta v. Canadian Transport Commission*, [1978] 1 S.C.R. 61 (the *P.W.A.* case), governed the case. He determined that a Provincial Crown agent such as the Caisse was not bound by a federal statute absent "mention of or reference to the . . . Crown in the . . . Act, and in the absence of any ground to conclude that the provisions in question of the [*Canada Business Corporations Act*] extend to the Crown and its . . . agent by necessary implication." Hannan J. found no such necessary implication. He distinguished this Court's decision in *The Queen v. Murray*, [1967] S.C.R. 262, by noting that Martland J. in that case had stated that the provincial legislation in issue there did not seek to "bind" the Crown. The *Canada Business Corporations Act*, in the view of Hannan J., is binding legislation, and s. 16 of the *Interpretation Act* thus applied to render subs. 122(2) and (4) of the Act inapplicable to the Caisse.

The Court of Appeal of Quebec allowed the appeal from the judgment of Hannan J.: [1985] C.A. 164. It was common ground before the Court of Appeal and this Court that s. 16 of the *Interpretation Act* applies to the Crown in right of a province and to an agent of the Crown, and further

de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*. L'article 16 de la *Loi d'interprétation* est libellé comme suit:

16. Nul texte législatif de quelque façon que ce soit ne lie Sa Majesté ni n'a d'effet à l'égard de Sa Majesté ou sur les droits et prérogatives de Sa Majesté, sauf dans la mesure y mentionnée ou prévue.

En réponse au refus de la Caisse de déposer un rapport d'initié, le Directeur intimé a déposé une requête en jugement déclaratoire portant que l'appelante est liée par les dispositions de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* relatives aux droits et aux obligations des actionnaires et que l'appelante est tenue de produire un rapport d'initié conformément à la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*.

Les tribunaux d'instance inférieure

Le juge Hannan de la Cour supérieure, J.E. 82-992, a statué que la présente affaire était régie par l'arrêt de notre Cour, *Sa Majesté du chef de la province de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*, [1978] 1 R.C.S. 61 (l'affaire *P.W.A.*) Il a décidé qu'un agent de la couronne provinciale comme la Caisse n'était pas lié par une loi fédérale en l'absence [TRADUCTION] «de la mention de la [. . .] Couronne dans la [. . .] Loi, et en l'absence de motifs de croire que les dispositions en question de la [*Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*] s'appliquent à la Couronne et à ses [. . .] agents par déduction nécessaire.» Le juge Hannan n'a pas conclu qu'une telle déduction s'imposait. Il a fait une distinction d'avec l'arrêt de notre Cour, *The Queen v. Murray*, [1967] R.C.S. 262, en soulignant que, dans l'arrêt en question, le juge Martland avait déclaré que le texte législatif provincial contesté ne visait pas à «lier» la Couronne. Selon le juge Hannan, la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* est un texte de loi impératif et l'art. 16 de la *Loi d'interprétation* s'appliquait donc pour rendre les par. 122(2) et (4) de la Loi inapplicables à la Caisse.

La Cour d'appel du Québec a accueilli l'appel interjeté contre la décision du juge Hannan: [1985] C.A. 164. Il a été reconnu devant la Cour d'appel et devant cette Cour que l'art. 16 de la *Loi d'interprétation* s'applique à la couronne du chef d'une province et à un agent de cette dernière, et

that the *Canada Business Corporations Act* does not "mention or refer" to the Crown in the sense required by s. 16.

There exist, however, several exceptions to Crown immunity under s. 16. Tyndale J.A., after considering in detail four possible exceptions to Crown immunity, held that the rule that the Crown may not accept the benefit of the law without also incurring its burdens applied in this case. He said (at p. 173):

... I find that in a case where the Crown relies on the law, whether common or statutory, for a right which it asserts, it takes that law as it finds it, with not only the rights but also the limitations and obligations for which it provides.

When the *caisse* became a shareholder in Domtar as an investment in order to obtain such rights and advantages as security, income, capital gain and liquidity, it could only do so by taking advantage of the provisions of the Act; it is therefore bound by all the provisions of the Act; it cannot pick and choose between those which please it and those which do not.

Tyndale J.A. distinguished the *P.W.A.* case, on the ground that the benefit/burden exception was not in issue in that case. There were two majority opinions supporting the judgment in the *P.W.A.* case. That given by Laskin C.J. concluded that the court below had incorrectly decided that the Crown was bound by necessary implication. That of Martland J. focussed on the construction of a particular term in the regulations in question.

Monet J.A. and L'Heureux-Dubé J.A. (as she then was), in separate reasons, concurred with Tyndale J.A. The Court of Appeal thus allowed the appeal and issued a declaration in the following terms:

[TRANSLATION] DECLARES that as the respondent CAISSE DE DÉPÔT ET PLACEMENT DU QUÉBEC has become a shareholder, whether as the true owner or as exercising control of over ten per cent (10%) of the ordinary shares of Domtar Inc., it is bound by the

de plus que la Couronne n'est pas «mentionnée ou prévue» dans la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* au sens où l'art. 16 entend cette expression.

^a

Il existe cependant plusieurs exceptions à l'immunité de la Couronne prévue à l'art. 16. Le juge d'appel Tyndale, après avoir étudié de façon détaillée quatre exceptions possibles à l'immunité de la Couronne, a jugé que la règle selon laquelle la Couronne ne peut revendiquer les avantages de la loi sans en assumer également les obligations s'appliquait à l'espèce. Il dit, à la p. 173:

^b

^c

[TRADUCTION] ... j'estime que dans une affaire lorsque la Couronne s'appuie sur la loi, qu'il s'agisse de la *common law* ou de la législation, pour revendiquer un droit, elle doit accepter la loi telle qu'elle est, non seulement avec les droits qu'elle confère mais aussi avec les obligations et les restrictions qu'elle impose.

^d

Lorsque la *caisse* est devenue actionnaire de Domtar en faisant un placement pour obtenir des droits et des avantages tels la sécurité, un revenu, des gains en capital et la liquidité, elle ne pouvait le faire qu'en se prévalant des dispositions de la Loi; elle se trouve donc liée par toutes les dispositions de la Loi; elle ne peut faire un choix entre les dispositions qui lui plaisent et celles qui ne lui plaisent pas.

^f

Le juge Tyndale a fait une distinction d'avec l'affaire *P.W.A.* au motif que l'exception concernant les avantages et les obligations n'était pas en cause dans cette affaire. Il y avait deux opinions majoritaires appuyant la décision dans l'affaire *P.W.A.* Celle du juge en chef Laskin portait que le tribunal d'instance inférieure avait décidé à tort que la Couronne se trouvait liée par déduction nécessaire. Celle du juge Martland était centrée sur la signification d'un terme particulier dans les règlements en question.

^h

Les juges Monet et L'Heureux-Dubé (maintenant juge de notre Cour), dans des motifs distincts, ont souscrit aux motifs du juge Tyndale. La Cour d'appel a donc accueilli l'appel et elle a rendu un jugement déclaratoire rédigé comme suit:

ⁱ

DÉCLARE que l'intimée, LA CAISSE DE DÉPÔT ET PLACEMENT DU QUÉBEC, étant devenue actionnaire, soit à titre de véritable propriétaire ou exerçant le contrôle de plus de dix pour cent (10 %) des actions ordinaires de Domtar Inc., est liée par les dispositions de ladite loi

provisions of the said Act on the obligations and duties of the company shareholders to which that Act applies;

DECLARES that the respondent is required to submit an "insider" report to the applicant in the form prescribed by the said Act and the Regulations;

DECLARES that the applicant has the right, in his capacity as Director, to require that the respondent comply with the provisions of the Act and the Regulations and furnish it the "insider" report in the prescribed form.

Analysis

I am in agreement with Tyndale J.A. that the benefit/burden exception to Crown immunity exists and that it applies in this case to render the insider reporting provisions of the *Canada Business Corporations Act* applicable to the Caisse.

There can be no disputing the existence of the benefit/burden exception (sometimes referred to as the "waiver" exception) to Crown immunity. It is of ancient vintage; see *Crooke's Case* (1691), 1 Show. K.B. 208, at pp. 210-11, 89 E.R. 540, at p. 542, where it is said:

If they have any right, the King can only have it by this Act of Parliament, and then they must have it as this Act of Parliament gives it.

The exception has been applied by this Court as recently as *The Queen v. Board of Transport Commissioners*, [1968] S.C.R. 118, and *The Queen v. Murray, supra*; see also *Toronto Transportation Commission v. The King*, [1949] S.C.R. 510.

In *Murray*, the Crown brought an action against the employer of the driver of a private vehicle, seeking damages for the loss of services of a member of the armed forces who was injured in an accident. The driver was found to be negligent to the extent of 75 per cent of the damage, and the respondent Murray for 25 per cent. The issue in the case was whether s. 5 of *The Tortfeasors and Contributory Negligence Act* could bind the Crown. Application of the section would have limited the Crown's claim to 25 per cent of the damages. Martland J. for the Court held that the

relativement aux obligations et devoirs des actionnaires de compagnies régies par cette même loi;

DÉCLARE que l'intimée est tenue de soumettre au requérant un rapport «d'initié» en la forme prescrite par ladite loi et ses règlements;

DÉCLARE que le requérant, en sa qualité de directeur, a le droit d'exiger que l'intimée se soumette aux dispositions de la loi et ses règlements et lui fournisse le rapport «d'initié» en la forme prescrite.

Analyse

Je suis d'accord avec le juge Tyndale pour dire que l'exception à l'immunité de la Couronne fondée sur les avantages et les obligations existe et, qu'elle a pour effet en l'espèce de rendre les dispositions de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* visant les rapports d'initié applicables à la Caisse.

On ne peut mettre en doute l'existence de l'exception fondée sur les avantages et les obligations (parfois appelée l'exception de «renonciation») en matière d'immunité de la Couronne. Cette exception est ancienne; voir l'arrêt *Crooke* (1691), 1 Show. K.B. 208, aux pp. 210 et 211, 89 E.R. 540, à la p. 542, où l'on peut lire:

[TRADUCTION] S'il a quelque droit, le Roi ne peut l'avoir que de par cette Loi du Parlement, et il ne peut l'avoir que selon les termes de cette Loi du Parlement.

L'exception en cause a été appliquée par cette Cour aussi récemment que dans les arrêts *The Queen v. Board of Transport Commissioners*, [1968] R.C.S. 118, et *The Queen v. Murray*, précité; voir aussi *Toronto Transportation Commission v. The King*, [1949] R.C.S. 510.

Dans l'affaire *Murray*, la Couronne avait intenté une action contre l'employeur du conducteur d'une voiture particulière, pour obtenir des dommages-intérêts pour la perte des services d'un membre des forces armées qui avait été blessé dans un accident. Le conducteur a été déclaré responsable du fait de sa négligence de 75 pour 100 du préjudice causé, et l'intimé Murray, de 25 pour 100. Il fallait décider si l'art. 5 de *The Tortfeasors and Contributory Negligence Act* pouvait lier la Couronne. L'application de cet article aurait limité la réclamation de la Couronne à 25 pour 100 du

claim in negligence “could arise only because of the master and servant relationship deemed to exist between the Crown and members of the armed services by virtue of s. 50 of the *Exchequer Court Act*” (p. 269). That being the case, Martland J. continued, the Crown was seeking the benefit of the law, and was consequently subject to its restrictions, i.e., s. 5 of *The Tortfeasors and Contributory Negligence Act* which would limit the Crown’s recovery to 25 per cent. It made no difference that the benefit and the restriction arose under different statutes.

The view that the Crown may be bound by the limitations of a law when it invokes its benefits was approved in the following *obiter dictum* of Laskin C.J. in the *P.W.A.* case at p. 72:

This does not mean that the federal Crown may not find itself subject to provincial legislation where it seeks to take the benefit thereof

Laskin C.J. cited both *Toronto Transportation Commission, supra*, and *Murray, supra*, in support of this proposition.

The only question to be decided here, then, is whether the exception extends to this case. I need not, therefore, examine the other exceptions to Crown immunity discussed in the courts below except to say, because of the manner in which the issue was there dealt with, that the benefit/burden exception is quite distinct from any avoidance of Crown immunity arising by “necessary implication” from the terms of a statute. Dickson J. (as he then was) in *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551, at p. 558, *obiter*, doubted whether the necessary implication exception survived the revision of s. 16 of the *Interpretation Act* effected by S.C. 1967-68, c. 7 (now R.S.C. 1970, c. I-23, s. 16); see also the *P.W.A.* case at p. 75; but see *R. v. Ouellette*, [1980] 1 S.C.R. 568, which, it was argued, may be interpreted as an application of the necessary implication doctrine. Hannan J. apparently felt that the benefit/burden exception was subsumed under the necessary implication exception, and held that in the absence of any express words or implication to be found in the *Canada*

préjudice causé. Le juge Martland a statué au nom de la Cour que l’action pour négligence [TRADUCTION] «ne trouvait sa justification que dans le rapport employeur et employé qui est réputé exister entre la Couronne et les membres des Forces armées en vertu de l’art. 50 de la *Loi sur la Cour de l’Échiquier*» (p. 269). Cela étant, de continuer le juge Martland, la Couronne recherchait à se prévaloir de la loi, et elle était par conséquent assujettie à ses restrictions, c.-à-d. à l’art. 5 de *The Tortfeasors and Contributory Negligence Act* qui limiterait le dédommagement de la Couronne à 25 pour 100. Il n’importait pas que l’avantage et la restriction concernés découlent de lois différentes.

L’opinion selon laquelle la Couronne, lorsqu’elle veut se prévaloir du bénéfice de la loi, peut être liée par ses restrictions, a été approuvée par le juge en chef Laskin, dans un *obiter dictum* à la p. 72 de l’arrêt *P.W.A.*:

Cela ne signifie pas pour autant que la Couronne fédérale ne peut se trouver assujettie à la législation provinciale lorsqu’elle cherche à s’en prévaloir

À l’appui de cette proposition, le juge en chef Laskin a cité les arrêts *Toronto Transportation Commission* et *Murray*, précités.

En l’espèce, il faut seulement décider si l’exception visée s’applique à la présente affaire. Par conséquent, point n’est besoin d’examiner les autres exceptions à l’immunité de la Couronne discutées par les tribunaux d’instance inférieure, sauf pour dire que, vu la façon dont la question y a été examinée, l’exception fondée sur les avantages et les obligations se distingue complètement de toute autre exception à l’immunité de la Couronne découlant «par déduction nécessaire» des termes de la loi. Le juge Dickson (maintenant Juge en chef), en *obiter* dans l’arrêt *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551, à la p. 558, a mis en doute que l’exception de la déduction nécessaire survivait à la révision de l’art. 16 de la *Loi d’interprétation* effectuée par S.C. 1967-68, chap. 7 (maintenant l’art. 16, S.R.C. 1970, chap. I-23); voir aussi l’arrêt *P.W.A.* à la p. 75; mais voir aussi l’arrêt *R. c. Ouellette*, [1980] 1 R.C.S. 568, dont on a dit qu’il pouvait être interprété comme une application du principe de la déduction nécessaire. Le juge Hannan était apparemment d’avis que

Business Corporations Act, Crown immunity is not affected by the Act.

There is no need to consider the necessary implication exception, because the two exceptions are quite distinct. The necessary implication exception has been interpreted in various ways over the years, but it essentially arises as an adjunct to the necessity for express words binding the Crown; the Crown may be bound in the absence of express words where some absurdity would result if the Crown were held to be immune. This has sometimes been narrowed to a requirement that the "beneficent purpose [of the statute] . . . be wholly frustrated unless the Crown were bound" (see *Province of Bombay v. Municipal Corporation of Bombay*, [1947] A.C. 58 (P.C.), at p. 63).

The benefit/burden exception is quite different. Professor Hogg in his book, *Liability of the Crown in Australia, New Zealand and the United Kingdom* (1971), summarizes the doctrine as follows (at p. 183):

The restrictions [on a statutory right] are regarded as restrictions on the right itself, and if the Crown could disregard them it would receive a larger right than the statute actually conferred. In other words *all* of the statutory provisions affecting a right to which the Crown claims title are interpreted as if they were advantageous to the Crown . . . [T]here is no room for the rule requiring express words or necessary implication.

C. H. H. McNairn in *Governmental and Intergovernmental Immunity in Australia and Canada* (1977), at p. 10 states:

By taking advantage of legislation the crown will be treated as having assumed the attendant burdens, though the legislation has not been made to bind the crown expressly or by necessary implication. The force of the rule of immunity is avoided by the particular

l'exception fondée sur les avantages et les obligations était comprise dans l'exception par déduction nécessaire, et il a conclu qu'en l'absence de toute mention expresse dans la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*, ou de toute déduction nécessaire qui en découlerait, l'immunité de la Couronne n'est pas touchée par la Loi.

Il n'est pas utile d'étudier l'exception par déduction nécessaire, parce que les deux exceptions sont tout à fait distinctes. L'exception par déduction nécessaire a été interprétée de diverses façons au cours des années, mais elle procède essentiellement à titre accessoire de la nécessité de mots exprès pour lier la Couronne; cette dernière peut être liée en l'absence de mots exprès lorsqu'on en arriverait à une absurdité si elle était tenue pour exemptée de l'application de la loi. Cela a parfois été restreint à l'exigence [TRADUCTION] «que soit complètement mise en échec la fin avantageuse [de la loi . . .] si la Couronne n'est pas liée» (voir l'arrêt *Province of Bombay v. Municipal Corporation of Bombay*, [1947] A.C. 58 (C.P.), à la p. 63).

L'exception fondée sur les avantages et les obligations est complètement différente. Le professeur Hogg, dans son livre intitulé *Liability of the Crown in Australia, New Zealand and the United Kingdom* (1971), résume le principe en cause comme suit (à la p. 183):

[TRADUCTION] Les restrictions [touchant un droit prévu par une loi] sont considérées comme des restrictions imposées au droit lui-même, et si la Couronne pouvait n'en faire aucun cas, elle jouirait d'un droit plus considérable que celui que le texte de loi accorde effectivement. En d'autres termes, *toutes* les dispositions de la loi qui touchent un droit et dont la Couronne veut se prévaloir sont interprétées comme si elles étaient à l'avantage de la Couronne [. . . I]l n'y a pas de place pour la règle qui exige l'existence de mots exprès ou d'une déduction nécessaire.

À la page 10 de son ouvrage *Governmental and Intergovernmental Immunity in Australia and Canada* (1977), C. H. H. McNairn déclare:

[TRADUCTION] Lorsqu'elle se prévaut des avantages d'une loi, il sera présumé que la couronne en assume également les obligations, bien que le texte de loi ne soit pas rédigé de façon à lier la couronne expressément ou par déduction nécessaire. La règle de l'immunité de la

conduct of the crown and the integrity of the relevant statutory provisions, beneficial and prejudicial.

Counsel for the appellant appears to admit the existence of the benefit/burden exception, but argues that by purchasing shares in Domtar, the Caisse did not invoke a benefit provided by the statute, but rather did nothing more than exercise a right conferred upon it by its charter. The Caisse, it is contended, could have purchased the shares in the absence of the *Canada Business Corporations Act*. As a consequence, no statutory benefit was acquired to which the burdens imposed by the *Canada Business Corporations Act* correspond. Only by taking particular advantage of a specific provision of the Act could the Crown subject itself to burdens attendant upon that provision. Counsel did not further elaborate on this claim.

A question which immediately comes to mind is whether by taking advantage of one right conferred by the Act (e.g., voting the shares) the Crown would subject itself to all or only some of the other provisions of the Act. If only some, it is difficult to conceive how it could be determined which provisions would apply — indeed it is hard to see how most provisions, including those relating to insider reports, would ever apply to the Crown. If, on the other hand, all of the Act would apply upon the Crown taking affirmative advantage of one provision, then it is difficult to see why this result should not follow from the purchase of the shares alone. Upon purchasing the shares certain rights, e.g., the right to vote the shares and the right to receive dividends, accrue immediately to the purchaser. As will be discussed, the aggregate of these rights and their attendant obligations are indeed definitive of the notion of a share. With respect, I cannot see why some affirmative act with regard to one right acquired by the purchaser of a share changes the situation in any relevant way.

couronne se trouve sans effet en raison des actes particuliers de cette dernière et de la totalité des dispositions législatives pertinentes, avantageuses et désavantageuses.

^a L'avocat de l'appelante semble admettre l'existence de l'exception fondée sur les avantages et les obligations, mais il soutient qu'en achetant des actions de Domtar, la Caisse n'a pas invoqué un avantage conféré par la loi, mais qu'elle a simplement exercé un droit qui était le sien en vertu de sa charte. La Caisse, fait-il valoir, aurait pu acheter les actions en l'absence de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*. En conséquence, la Caisse n'a acquis aucun avantage prévu par la loi auquel correspondent les obligations imposées par la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*. Ce n'est que si elle se prévalait d'un avantage précis d'une disposition particulière de la Loi que la Couronne pourrait s'assujettir elle-même aux obligations qui sont afférentes à la disposition en question. L'avocat de l'appelante ne s'est pas étendu davantage sur ce moyen.

^e La question qui vient immédiatement à l'esprit est de savoir si en se prévalant d'un droit conféré par la Loi (par exemple le droit de vote attaché aux actions) la Couronne s'assujettirait à toutes les autres dispositions de la Loi ou seulement à quelques-unes d'entre elles. Dans la seconde hypothèse, il est difficile de concevoir de quelle façon on déterminerait les dispositions applicables; de fait, il est difficile de voir comment la plupart des dispositions, y compris celles qui ont trait aux rapports d'initié, s'appliqueraient jamais à la Couronne. Si, d'autre part, toutes les dispositions de la Loi s'appliquaient à la Couronne lorsqu'elle se prévaut effectivement d'un avantage conféré par une disposition, il est alors difficile de comprendre pourquoi cette conséquence ne découlerait pas du seul achat des actions. En effet, l'achat des actions confère immédiatement à l'acheteur certains droits, par exemple le droit de voter et celui de recevoir des dividendes. Comme on le verra, l'ensemble de ces droits et des obligations qui les accompagnent s'attache à la notion même d'une action. Je ne puis voir comment l'exercice d'un certain droit attaché à une action acquise par un acheteur change la situation de façon pertinente.

Counsel for the Attorney General of Alberta put the same point somewhat differently, contending that there is not a sufficient "nexus" between the right claimed and the burden assumed. It is quite correct to conclude that whenever the question of the application of the benefit/burden exception arises, the issue is not whether the benefit and burden arise under the same statute, but whether there exists a sufficient nexus between the benefit and burden. As McNairn, *op. cit.*, at p. 11, puts it:

It is not essential . . . that the benefit and the restriction upon it occur in one and the same statute for the notion of crown submission to operate. Rather, the crucial question is whether the two elements are sufficiently related so that the benefit must have been intended to be conditional upon compliance with the restriction.

It is also true that the Caisse, as agent for the Crown in right of the Province, is not seeking affirmatively to take advantage of a provision of a statute or of the common law. It simply purchased shares in a corporation which happened to be governed by a statute, the *Canada Business Corporations Act*. It brought no action at law and sought no other advantage.

To conclude from this, however, that the Crown is not bound by the obligations attendant upon the rights conferred by the statute requires that one presuppose a rather simplistic view of the nature of a share and its purchase. A share is not an isolated piece of property. It is rather, in the well-known phrase, a "bundle" of interrelated rights and liabilities. A share is not an entity independent of the statutory provisions that govern its possession and exchange. Those provisions make up its constituent elements. They define the very rights and liabilities that constitute the share's existence. The *Canada Business Corporations Act* defines and governs the rights to vote at shareholders' meetings, to receive dividends, to inspect the books and records of the company, and to receive a portion of the corporation's capital upon a winding up of the company, among many others. A "share" and thus a "shareholder" are concepts inseparable from the comprehensive bundle of rights and liabilities

L'avocat du procureur général de l'Alberta a exprimé ce point de vue quelque peu différemment quand il a soutenu qu'il n'existe pas un [TRADUCTION] «lien» suffisant entre le droit réclamé et l'obligation assumée. Il est tout à fait correct de conclure que lorsque se soulève la question de l'application de l'exception fondée sur les avantages et les obligations, il ne faut pas décider si les avantages et les obligations découlent du même texte législatif, mais plutôt s'il existe un lien suffisant entre les avantages et les obligations. Comme le dit McNairn, *op. cit.*, à la p. 11:

[TRADUCTION] Il n'est pas essentiel [...] à l'applicabilité du principe de l'assujettissement de la Couronne que l'avantage conféré et la restriction qui s'y attache découlent de la même loi. La question cruciale consiste plutôt à savoir si les deux éléments sont suffisamment liés de sorte qu'il ait été prévu que l'avantage conféré était conditionnel au respect de la restriction imposée.

Il est également exact que la Caisse, en sa qualité d'agent de la couronne du chef de la province, ne cherche pas de façon positive à tirer profit d'une disposition d'une loi ou de la *common law*. Elle n'a fait qu'acheter des actions d'une société qui se trouvait être régie par une loi, la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*. Elle n'a intenté aucune action et elle n'a recherché aucun autre avantage.

Cependant, pour conclure de ce qui précède que la Couronne n'est pas tenue aux obligations qui s'attachent aux droits conférés par une loi, il faut avoir une vision plutôt simpliste de la nature d'une action et de son achat. Une action n'est pas un bien pris isolément. Il s'agit plutôt d'un «ensemble» de droits et d'obligations étroitement liés entre eux. Une action n'est pas une entité indépendante des dispositions légales qui régissent sa possession et son échange. Ces dispositions représentent ses éléments constitutifs. Elles définissent les droits et les obligations mêmes qui constituent l'existence de l'action visée. La *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* définit et régit le droit de voter aux assemblées des actionnaires, de recevoir des dividendes, d'examiner les livres et les registres de la société, ainsi que le droit de toucher une partie du capital de la société lors de sa liquidation, entre autres choses. Une «action», et donc un «actionnaire», sont des notions inséparables de l'ensemble

created by the Act. Nothing in the statute, common sense or the common law indicates that this bundle can be parcelled out piecemeal at the whim of the Crown. It cannot pick and choose between the provisions it likes and those it does not. To do so would be to permit it to define an entity which is the creature of federal legislation. What the Caisse obtained was an integral whole.

The very act of purchasing a share, then, is an implicit acceptance of the benefits of this statutory regime. These benefits are indissolubly intertwined with the restrictions attendant upon them.

Absent the statutory regime, the idea of a share as an object of commerce is meaningless. The relationship between benefit and restriction is sufficiently close that the Crown must be determined to have taken the law as it found it. The relationship between the benefits of share ownership and the obligations of insiders is particularly close. As Dickson J. (as he then was) stated in another context in *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at p. 179:

The proper relationship between a company and its insiders is central to the law of companies and, from the inception of companies, that relationship has been regulated by the legislation sanctioning the company's incorporation.

Hannan J. in the court of first instance distinguished this Court's decision in *Murray, supra*, on the ground that the Court there held, at p. 268, that "... this is not a case in which a provincial legislature has sought to "bind" the federal Crown, in the sense of imposing a liability upon it or of derogating from existing Crown prerogatives, privileges or rights." Hannan J. concluded that this quotation

... clearly implies that had the provincial legislation been intended to "bind" the Crown, it might well have been inapplicable. In the present case, the application by analogy of the words of Martland J., would dictate that, as the [*Canada Business Corporations Act*] seeks to

des droits et des responsabilités créé par la Loi. Ni le texte de loi, ni la *common law*, ni le bon sens ne permettent de croire que l'ensemble en question peut être morcelé au gré de la Couronne. Cette dernière ne peut choisir les dispositions qui font son affaire, en laissant de côté celles qui ne lui plaisent pas. Si elle agissait de la sorte, elle se trouverait à définir une entité qui est une création d'une loi fédérale. Ce qu'a obtenu la Caisse, c'est un tout indivisible.

Le fait même d'acheter une action suppose donc l'acceptation implicite des avantages du régime prévu par la loi. Et ces avantages sont liés de façon indissoluble aux restrictions qui les accompagnent.

En l'absence du régime prévu par la loi, l'idée d'une action en tant qu'objet de commerce n'a aucun sens. Le lien entre les avantages et les restrictions est suffisamment étroit pour que la Couronne soit considérée comme ayant accepté la loi telle qu'elle l'a trouvée. Le rapport entre les avantages conférés par la propriété d'une action et les obligations des initiés est particulièrement étroit. Comme l'a dit le juge Dickson (maintenant Juge en chef), dans un autre contexte dans l'arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, à la p. 179:

Les rapports réguliers entre la compagnie et ses dirigeants sont au cœur du droit corporatif et, depuis l'origine des compagnies, ces rapports sont régis par la loi qui sanctionne la constitution en corporation de la compagnie.

Le juge Hannan a établi en première instance une distinction d'avec l'arrêt *Murray* de cette Cour, précité, au motif que la Cour a statué à la p. 268 que [TRADUCTION] «... il ne s'agit pas en l'espèce d'une affaire dans laquelle une législature provinciale tente de «lier» la couronne fédérale, au sens où elle lui imposerait une obligation ou encore au sens où elle dérogerait à des immunités, des privilèges où des droits existants de la Couronne.» Le juge Hannan a conclu que cette citation

[TRADUCTION] ... entraîne clairement que si la loi provinciale avait entendu «lier» la Couronne, elle aurait fort bien pu être inapplicable. En l'espèce, l'application par analogie des propos du juge Martland dicterait que puisque la [*Loi sur les sociétés commerciales canadien-*

bind the agent of the Crown in right of Quebec, it is inapplicable to such agent.

With respect, in my view the analogy between *Murray* and this case works to the benefit of the respondent. The *Canada Business Corporations Act*, like the *Exchequer Court Act* which was the subject of *Murray*, merely "established a relationship from which certain results might flow", to use the words of Martland J. in *Murray*. Just as in *Murray* the Crown was not bound by the prejudicial provisions of the law until it chose to take advantage of its beneficial aspects, here no right or prerogative of the Crown is affected by the *Canada Business Corporations Act* standing alone. It was only by seeking the benefits of the statute by purchasing shares that the Caisse chose to bring itself within the purview of the law relating to shareholders. In the words of Professor Hogg, *op. cit.*, at p. 183, "when the Crown claims a statutory right the Crown must take it as the statute gives it, that is, subject to any restrictions upon it." Otherwise, the Crown would receive a "larger right than the statute actually conferred" (p. 183).

Application of the benefit/burden exception does not result in subsuming the Crown under any and every regulatory scheme that happens to govern a particular state of affairs. Although some earlier authorities (see, e.g., *Bank of Montreal v. Bay Bus Terminal (North Bay), Ltd.* (1971), 24 D.L.R. (3d) 13 (Ont. H.C.), at p. 20, *aff'd* (1972), 30 D.L.R. (3d) 24 (Ont. C.A.)) had been thought by some to support the view that the Crown was bound by any regulatory scheme of sufficient scope, this approach was rejected by Laskin C.J. in the *P.W.A.* case (p. 69). The exception is not of such broad reach. Its application depends not upon the existence or breadth of a statutory scheme regulating an area of commerce or other activity, but, as noted earlier, upon the relationship or nexus between the benefit sought to be taken from a statutory or regulatory provision and the burdens

nes] cherche à lier l'agent de la couronne du chef du Québec, elle est inapplicable à cet agent.

Avec égards, j'estime que l'analogie entre l'affaire *Murray* et la présente espèce joue en faveur de l'intimé. La *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*, tout comme la *Loi sur la Cour de l'Échiquier* qui faisait l'objet de l'affaire *Murray*, ne faisait [TRADUCTION] «qu'établir un lien dont pourraient découler certaines conséquences», comme le disait le juge Martland dans l'arrêt *Murray*. Tout comme dans l'affaire *Murray*, la Couronne n'était pas liée par les dispositions préjudiciables de la loi tant qu'elle ne cherchait pas à tirer profit de ses aspects avantageux, en l'espèce aucun droit et aucune prérogative de la Couronne ne sont touchés par la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* prise dans l'absolu. Ce n'est qu'en recherchant les avantages conférés par la loi lorsqu'elle a acheté des actions que la Caisse a choisi de se placer dans le champ d'application du droit relatif aux actionnaires. Comme l'a dit le professeur Hogg, *op. cit.*, à la p. 183 [TRADUCTION] «lorsque la Couronne veut se prévaloir d'un droit conféré par une loi, elle doit prendre ce droit comme il se trouve dans le texte de loi, c'est-à-dire avec les restrictions dont il fait l'objet.» Autrement, la Couronne jouirait [TRADUCTION] «d'un droit plus considérable que le texte de loi accorde effectivement» (p. 183).

L'application de l'exception fondée sur les avantages et les obligations ne signifie pas que la Couronne se trouve visée par tous les régimes de réglementation qui se trouvent à s'appliquer à un état de choses particulier. Quoique d'aucuns aient cru que certains anciens arrêts (voir, par exemple, *Bank of Montreal v. Bay Bus Terminal (North Bay), Ltd.* (1971), 24 D.L.R. (3d) 13 (H.C. Ont.), à la p. 20, *conf.* (1972), 30 D.L.R. (3d) 24 (C.A. Ont.)) appuyaient la thèse selon laquelle la Couronne est liée par tout régime réglementaire d'une portée suffisamment large, le juge en chef Laskin a rejeté ce point de vue dans l'arrêt *P.W.A.* (p. 69). L'exception n'a pas une portée aussi grande. Son application ne dépend pas de l'existence ou de la portée d'un régime législatif régissant une branche du commerce ou une autre activité, mais, comme je l'ai déjà noté, elle dépend plutôt du rapport ou

attendant upon that benefit. The focus is not on the source of the rights and obligations but on their content, their interrelationship. As McNairn, *op. cit.*, puts it at pp. 11-12:

Reliance upon a statute may . . . be for such a limited purpose that the crown ought not, as a result, to be taken to have assumed the attendant burdens. Such is the case when a statute is resorted to for a purely defensive reason, for example to give notice under a registration scheme of the existence of a crown claim. The use of a statute in this way may be distinguished from active reliance to secure positive rights, the assumption of the burdens of a statute being a possible consequence only of the latter circumstance.

Here, the interrelationship between the rights and obligations acquired by the purchaser of a share is so close both conceptually and historically that there can be no question of the application of the benefit/burden exception. Indeed, as earlier mentioned, a share is an integral whole. Thus, the Crown, when it purchases a share of a company to which the Act applies, is bound by the entirety of the *Canada Business Corporations Act* in so far as it defines and regulates the rights and obligations of shareholders.

Disposition

I would accordingly dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Clarkson, Tétrault, Montréal.

Solicitor for the respondent: Gaspard Côté, Montréal.

Solicitors for the intervenor the Attorney General of Quebec: René Morin and Denis Lemieux, Ste-Foy.

Solicitor for the intervenor the Attorney General for Alberta: The Department of the Attorney General, Edmonton.

du lien entre l'avantage que l'on veut tirer d'une disposition légale ou réglementaire, et les obligations afférentes à ces avantages. On ne met pas l'accent sur la source des droits et des obligations, ^a mais sur leur contenu, sur les rapports qui existent entre eux. Comme l'a dit McNairn, *op. cit.*, aux pp. 11 et 12:

[TRADUCTION] Le recours à une loi peut [. . .] viser une fin si limitée qu'il ne devrait pas, en conséquence, ^b être présumé que la Couronne a assumé les obligations imposées par cette loi. Tel est le cas lorsque la Couronne recourt à une loi simplement pour se protéger, par exemple pour donner avis, en application d'un régime d'enregistrement, de l'existence d'une réclamation de la ^c Couronne. Un tel recours à une loi peut se distinguer d'un recours actif visant l'obtention de droits positifs, l'imposition des obligations inhérentes à la loi étant une conséquence possible seulement dans le second cas.

^d En l'espèce, le lien entre les droits et les obligations dévolus à l'acheteur d'une action est si étroit aussi bien du point de vue conceptuel qu'historique que l'application de l'exception fondée sur les avantages et les obligations ne saurait faire aucun ^e doute. En effet, comme je l'ai déjà mentionné, une action est un tout indivisible. Ainsi, lorsque la Couronne achète une action d'une société à laquelle s'applique la Loi, elle est liée par l'ensemble ^f de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* dans la mesure où cette dernière définit et régit les droits et les obligations des actionnaires.

Dispositif

^g Je suis en conséquence d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

^h *Procureurs de l'appelante: Clarkson, Tétrault, Montréal.*

Procureur de l'intimé: Gaspard Côté, Montréal.

ⁱ *Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: René Morin et Denis Lemieux, Ste-Foy.*

^j *Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Le ministère du Procureur général, Edmonton.*

Noël Mailloux Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. MAILLOUX

File No.: 19788.

1988: May 6; 1988: December 15.

Present: Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*,
La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Appeal — Powers of the Court of Appeal — Defence of insanity raised at trial — Jury's verdict of guilty — Court of Appeal refusing to interfere with jury's verdict because there was evidence to support it — Whether Court of Appeal had a duty under s. 613(1)(d) of the Criminal Code to review the evidence and to arrive at its own conclusion on the issue of insanity — Whether verdict unreasonable — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(a), (d).

At the accused's trial on two counts of second degree murder the principal defence was insanity. Defence psychiatrists testified that the accused was suffering at the time of the killing from toxic psychosis, a major mental illness, which caused a break with reality and led to the accused's believing that he was acting in self-defence. The psychiatric evidence, however, was conflicting on the crucial issue of whether the accused was capable of appreciating the nature and quality of his acts and of knowing that they were wrong. The jury found the accused guilty on both counts. The accused asked the Court of Appeal to set aside the conviction and to substitute a verdict of not guilty by reason of insanity pursuant to s. 613(1)(d) of the *Criminal Code*. The Court found that, although there was ample evidence upon which the jury could properly return a verdict of not guilty by reason of insanity, it was satisfied that the evidence was also capable of reasonably supporting the jury's conclusion, according to the view which they took of it, that the defence of insanity had not been proved by the accused on the balance of probabilities. The Court concluded that it was not at liberty to come to its own conclusion on the issue of insanity and thereby disregard the verdict pronounced by a jury. In light of the statutory presumption of sanity,

* Le Dain J. took no part in the judgment.

Noël Mailloux Appellant

c.

Sa Majesté La Reine Intimée

a RÉPERTORIÉ: R. c. MAILLOUX

N° du greffe: 19788.

1988: 6 mai; 1988: 15 décembre.

b Présents: Les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson,
Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

c *Droit criminel — Appel — Pouvoirs de la Cour d'appel — Aliénation mentale invoquée comme moyen de défense au procès — Verdict de culpabilité prononcé par le jury — Refus de la Cour d'appel de modifier le verdict du jury pour le motif que des éléments de preuve l'appuient — La Cour d'appel était-elle tenue, en vertu de l'art. 613(1)d) du Code criminel, d'examiner la preuve et de tirer sa propre conclusion sur la question de l'aliénation mentale? — Le verdict était-il déraisonnable? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)a), d).*

Lors du procès qu'a subi l'accusé relativement à deux chefs d'accusation de meurtre au deuxième degré, l'aliénation mentale a été invoquée comme moyen de défense principal. Les psychiatres appelés à témoigner par la défense ont affirmé que l'accusé était atteint, au moment des meurtres, de psychose toxique, une maladie mentale grave qui avait engendré une perte de contact avec la réalité et amené l'accusé à croire qu'il agissait en état de légitime défense. Toutefois, la preuve psychiatrique était partagée en ce qui concernait la question cruciale de savoir si l'accusé était capable de juger la nature et la qualité de ses actes et de savoir qu'ils étaient mauvais. Le jury a déclaré l'accusé coupable relativement aux deux chefs. L'accusé a demandé à la Cour d'appel d'annuler la déclaration de culpabilité et de substituer un verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, conformément à l'al. 613(1)d) du *Code criminel*. La Cour d'appel a affirmé que, même s'il y avait certainement assez d'éléments de preuve pour permettre au jury de prononcer régulièrement un verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, elle était cependant convaincue que la preuve pouvait aussi raisonnablement appuyer la conclusion du jury, étant donné l'opinion qu'il s'en était faite, que l'accusé n'avait pas réussi à démontrer, selon la prépondérance des

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

a court of appeal ought not to interfere with the verdict of a jury unless on consideration of all the evidence, it is satisfied that it was one which no jury acting judicially and properly instructed could have reached. This appeal is to determine whether the Court of Appeal erred (1) in its interpretation and application of s. 613(1)(d) of the *Criminal Code*, and (2), in finding that the verdict of the jury was not unreasonable and could be supported by the evidence.

Held: The appeal should be dismissed.

The Court of Appeal correctly interpreted and applied s. 613(1)(d) of the *Criminal Code*. Section 613(1)(a) governs the determination on appeal of issues of insanity and s. 613(1)(d) operates in two ways: first, to enable a court of appeal to determine the issue as would have a trial court when the issue has not been raised below; and second, to enable the court, whether acting under s. 613(1)(a) or s. 613(1)(d), to enter, in the appropriate case, a verdict of "not guilty on account of insanity". This conclusion is consistent with the history of the section and the proper role of appeal courts. It is also supported by the manner in which courts of appeal throughout Canada have exercised their jurisdiction under s. 613(1)(a) and (d) as regards issues of insanity in the context of appeals against conviction:

(1) When raised for the first time in appeal, the court will examine the issue and, if it is satisfied that the accused was insane at the time of the wrongful act, it will exercise its power under s. 613(1)(d) to quash the conviction and substitute the special verdict of not guilty by reason of insanity.

(2) If insanity has been raised at trial and there has been an error of law in the form of a misdirection on the issue and if the court is satisfied that a proper direction would have resulted in a verdict of not guilty by reason of insanity, it will substitute that verdict; if the court is not satisfied that, absent the misdirection, the inevitable verdict would have been not guilty by reason of insanity,

probabilités, l'existence de l'aliénation mentale invoquée comme moyen de défense. La Cour d'appel a conclu qu'elle n'était pas libre de tirer ses propres conclusions sur la question de l'aliénation mentale et, partant, de passer outre au verdict d'un jury. Vu la présomption légale portant que chacun est présumé sain d'esprit jusqu'à preuve du contraire, une cour d'appel ne devrait pas modifier le verdict d'un jury à moins d'être convaincue, après avoir examiné toute la preuve, qu'il s'agit d'un verdict qu'un jury, agissant de façon judiciaire et ayant reçu des directives appropriées, n'aurait pu rendre. Le présent pourvoi vise à déterminer si la Cour d'appel a commis une erreur (1) dans son interprétation et son application de l'al. 613(1)d) du *Code criminel*, et (2) en concluant que le verdict du jury n'était pas déraisonnable et qu'il pouvait s'appuyer sur la preuve.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La Cour d'appel a bien interprété et appliqué l'al. 613(1)d) du *Code criminel*. L'alinéa 613(1)a) s'applique à la résolution des questions d'aliénation mentale en appel et l'al. 613(1)d) joue de deux manières: en premier lieu, il habilite une cour d'appel à trancher la question de la même façon que l'aurait fait un tribunal de première instance, lorsque ce dernier n'en a pas été saisi; en deuxième lieu, il habilite la cour, peu importe qu'elle agisse en vertu de l'al. 613(1)a) ou de l'al. 613(1)d), à inscrire, si cela est indiqué, un verdict de «non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale». Cette conclusion s'accorde avec l'historique de la disposition et avec le rôle que doivent remplir les cours d'appel. Elle est également appuyée par la façon dont les cours d'appel à travers le Canada ont exercé, à l'égard de questions d'aliénation mentale soulevées dans le contexte d'appels contre des déclarations de culpabilité, la compétence que leur confèrent les al. 613(1)a) et d):

(1) Quand la question est soulevée pour la première fois en appel, la cour l'étudie et, si elle est convaincue que l'accusé était atteint d'aliénation mentale au moment de la perpétration de l'acte illégal, elle exerce la compétence que lui confère l'al. 613(1)d) pour annuler la déclaration de culpabilité et substituer le verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale.

(2) Si l'aliénation mentale a été invoquée au procès et qu'il y a eu une erreur de droit sous la forme de directives erronées sur cette question et, si la cour est convaincue que des directives appropriées auraient entraîné un verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, elle substitue ce verdict; si la cour n'est pas convaincue qu'en l'absence des directives erronées, un verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale aurait inévitablement été rendu, plutôt que

it will decline to act under s. 613(1)(d) but will order a new trial.

(3) If there has been no misdirection, but the verdict is either unreasonable or cannot be supported by the evidence, the court will set aside the conviction and substitute the special verdict provided for under s. 613(1)(d).

(4) If there has been no error of law and the verdict cannot be said to be unreasonable or unsupported by the evidence, the court will decline to interfere with the verdict.

This Court, after reviewing the evidence, is in agreement with the Court of Appeal's finding that there was evidence to support the jury's conclusion and that the verdict was not unreasonable.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Irwin* (1977), 36 C.C.C. (2d) 1; *R. v. Trecoce* (1980), 55 C.C.C. (2d) 202; *R. v. Hendry* (1985), 37 Man. R. (2d) 66; *R. v. Kane* (1975), 6 A.P.R. 13; *R. v. Barnier*, [1978] 1 W.W.R. 137 (B.C.C.A.), aff'd [1980] 1 S.C.R. 1124; *R. v. Zilke* (1978), 44 C.C.C. (2d) 521; *R. v. Winters* (1985), 51 Nfld. & P.E.I.R. 271; *R. v. O'Brien*, [1966] 3 C.C.C. 288; *R. v. Baltzer* (1974), 27 C.C.C. (2d) 118; *Periard v. The Queen* (1963), 40 C.R. 85; *R. v. Kelly* (1971), 6 C.C.C. (2d) 186; *R. v. Futo* (1980), 4 W.C.B. 437; *R. v. Scono* (1986), 13 O.A.C. 23; *R. v. Cassidy and Letendre*, [1963] 2 C.C.C. 219; *R. v. Wolfson*, [1965] 3 C.C.C. 304; *R. v. Prince* (1971), 6 C.C.C. (2d) 183; *R. v. Fisher* (1973), 12 C.C.C. (2d) 513; *R. v. Thériault* (1978), 45 C.C.C. (2d) 46; *R. v. Leboeuf* (1979), 57 C.C.C. (2d) 257; *R. v. Gibbons* (1946), 86 C.C.C. 20; *Hébert v. The Queen*, [1955] S.C.R. 120; *R. v. Blythe* (1909), 15 C.C.C. 224.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code, S.C. 1923, c. 41, s. 9.
Criminal Code, R.S.C. 1906, c. 146 [am. S.C. 1923, c. 41], ss. 1014, 1016.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 16(1), (2), (4), 613(1)(a), (d).

Authors Cited

Canada. Royal Commission on the Law of Insanity as a Defence in Criminal Cases. *Report of the Royal Commission on the Law of Insanity as a Defence in Criminal Cases*. Hull: Queen's Printer, 1956.
Debates of the House of Commons, 4th Sess., 24th Parl., 9-10 Eliz. II, 1960-61, vol. VI, p. 6570.

d'appliquer l'al. 613(1)d) elle ordonne la tenue d'un nouveau procès.

(3) S'il n'y a pas eu de directives erronées, mais que le verdict est déraisonnable ou ne peut s'appuyer sur la preuve, la cour annule la déclaration de culpabilité et substitue le verdict spécial prévu à l'al. 613(1)d).

(4) S'il n'y a pas eu d'erreur de droit et si on ne peut dire du verdict qu'il est déraisonnable ou qu'il ne peut s'appuyer sur la preuve, la cour refuse de le modifier.

Compte tenu de la preuve soumise, cette Cour partage la décision de la Cour d'appel qu'il existait des éléments de preuve appuyant la conclusion du jury et qu'à cet égard le verdict n'était pas déraisonnable.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. v. Irwin* (1977), 36 C.C.C. (2d) 1; *R. v. Trecoce* (1980), 55 C.C.C. (2d) 202; *R. v. Hendry* (1985), 37 Man. R. (2d) 66; *R. v. Kane* (1975), 6 A.P.R. 13; *R. v. Barnier*, [1978] 1 W.W.R. 137 (C.A.C.-B.), conf. [1980] 1 R.C.S. 1124; *R. v. Zilke* (1978), 44 C.C.C. (2d) 521; *R. v. Winters* (1985), 51 Nfld. & P.E.I.R. 271; *R. v. O'Brien*, [1966] 3 C.C.C. 288; *R. v. Baltzer* (1974), 27 C.C.C. (2d) 118; *Periard v. The Queen* (1963), 40 C.R. 85; *R. v. Kelly* (1971), 6 C.C.C. (2d) 186; *R. v. Futo* (1980), 4 W.C.B. 437; *R. v. Scono* (1986), 13 O.A.C. 23; *R. v. Cassidy and Letendre*, [1963] 2 C.C.C. 219; *R. v. Wolfson*, [1965] 3 C.C.C. 304; *R. v. Prince* (1971), 6 C.C.C. (2d) 183; *R. v. Fisher* (1973), 12 C.C.C. (2d) 513; *R. v. Thériault* (1978), 45 C.C.C. (2d) 46; *R. v. Leboeuf* (1979), 57 C.C.C. (2d) 257; *R. v. Gibbons* (1946), 86 C.C.C. 20; *Hébert v. The Queen*, [1955] R.C.S. 120; *R. v. Blythe* (1909), 15 C.C.C. 224.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1906, chap. 146 [mod. S.C. 1923, chap. 41], art. 1014, 1016.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 16(1), (2), (4), 613(1)a, d).
Loi modifiant le Code criminel, S.C. 1923, chap. 41, art. 9.

Doctrines citées

Canada. Commission royale chargée d'étudier la défense d'aliénation mentale en matière criminelle. *Rapport de la Commission royale chargée d'étudier la défense d'aliénation mentale en matière criminelle*. Hull: Imprimeur de la Reine, 1956.
Débats de la Chambre des communes, 4^e Sess., 24^e Parl., 9-10 Eliz. II, 1960-61, vol. VI, pp. 6801, 6802.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1986), 12 O.A.C. 339, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of second degree murder. Appeal dismissed.

John Rosen, for the appellant.

Edward Then, Q.C., and *Graeme Cameron*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.— This is an appeal from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1986), 12 O.A.C. 339, upholding Noël Mailloux's conviction on two counts of second degree murder.

The Facts

In February 1983 the appellant, while riding in the rear seat of a car, killed 18-year-old Cindy Thompson and 4-year-old Stewart Hawley, who were passengers in the front seat, by shooting them in the head. He also wounded two other people. He was indicted on two counts of second degree murder, and at the trial raised the defences of insanity and, alternatively, intoxication.

The evidence led at trial revealed that the appellant was a member of a motorcycle club, a drug pusher, and highly suspicious of members of rival clubs. During the week of the shooting he had taken a great deal of cocaine and slept little. Defence psychiatrists testified that Mailloux's paranoid personality became aggravated by the cocaine and the result was a very rare condition, toxic psychosis. The psychiatrists said that this was a major mental illness which caused a break with reality and led to the appellant believing that he was acting in self-defence. However, on the crucial issue of whether the appellant was capable of appreciating the nature and quality of his acts and of knowing that they were wrong, the psychiatric evidence was conflicting. On examination in chief both psychiatrists said that he was not capable; under cross-examination they said that he was.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1986), 12 O.A.C. 339, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre au second degré. Pourvoi a rejeté.

John Rosen, pour l'appelant.

Edward Then, c.r., et *Graeme Cameron*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LAMER— Il s'agit d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1986), 12 O.A.C. 339, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de Noël Mailloux relativement à deux chefs d'accusation de meurtre au deuxième degré.

Les faits

Au mois de février 1983, l'appelant qui prenait place sur la banquette arrière d'une voiture a tué Cindy Thompson, âgée de 18 ans, et Stewart Hawley, âgé de 4 ans, qui prenaient place sur la banquette avant en les tirant à la tête. Il a également blessé deux autres personnes. Deux chefs d'accusation de meurtre au deuxième degré ont été portés contre lui et, au procès, il a invoqué comme moyen de défense l'aliénation mentale et, subsidiairement, l'intoxication.

La preuve soumise au procès a révélé que l'appelant faisait partie d'un club de motards, qu'il était un revendeur de drogues et qu'il était très méfiant à l'égard des membres de clubs rivaux. Au cours de la semaine où les meurtres ont été commis, il avait consommé une grande quantité de cocaïne et peu dormi. Les psychiatres appelés à témoigner par la défense ont affirmé que la personnalité paranoïaque de Mailloux s'était aggravée sous l'effet de la cocaïne et qu'il en avait résulté un état très rare de psychose toxique. Les psychiatres ont affirmé qu'il s'agissait là d'une maladie mentale grave qui avait engendré une perte de contact avec la réalité et amené l'appelant à croire qu'il agissait en état de légitime défense. En ce qui concernait cependant la question cruciale de savoir si l'appelant était capable de juger la nature et la qualité de ses actes et de savoir qu'ils étaient mauvais, la

The jury found the appellant guilty of second degree murder on both counts.

Mailloux's appeal was argued on a number of grounds relating to the trial judge's direction to the jury on "disease of the mind", on whether the accused met the requirements of s. 16(2) of the *Criminal Code*, and on intoxication. All of these grounds were rejected by the Court of Appeal and are not at issue before this Court, as the appellant was granted leave to appeal only on the correct interpretation to be placed on s. 613(1)(d) of the *Code*.

The Legislation

For a greater understanding of the issues in this appeal, I set out the relevant provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34:

16. (1) No person shall be convicted of an offence in respect of an act or omission on his part while he was insane.

(2) For the purposes of this section a person is insane when he is in a state of natural imbecility or has disease of the mind to an extent that renders him incapable of appreciating the nature and quality of an act or omission or of knowing that an act or omission is wrong.

(3) A person who has specific delusions, but is in other respects sane, shall not be acquitted on the ground of insanity unless the delusions caused him to believe in the existence of a state of things that, if it existed, would have justified or excused his act or omission.

(4) Every one shall, until the contrary is proved, be presumed to be and to have been sane.

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,

preuve psychiatrique était partagée. Lors de l'interrogatoire principal, les deux psychiatres ont affirmé qu'il en était incapable; lors du contre-interrogatoire, ils ont affirmé qu'il en était capable. Le jury a déclaré l'appellant coupable de meurtre au deuxième degré relativement aux deux chefs.

L'appel de Mailloux était fondé sur un certain nombre de moyens qui portaient sur l'exposé du juge au jury concernant la «maladie mentale», la question de savoir si l'accusé répondait aux exigences du par. 16(2) du *Code criminel*, et l'intoxication. La Cour d'appel a rejeté tous ces moyens qui ne sont pas soulevés devant cette Cour puisque l'appellant a obtenu l'autorisation de se pourvoir relativement à la seule question de l'interprétation exacte de l'al. 613(1)d) du *Code*.

d Les dispositions législatives

Afin de mieux saisir les questions soulevées dans ce pourvoi, je reproduis les dispositions pertinentes du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34:

16. (1) Nul ne doit être déclaré coupable d'une infraction à l'égard d'un acte ou d'une omission de sa part alors qu'il était aliéné.

(2) Aux fins du présent article, une personne est aliénée lorsqu'elle est dans un état d'imbecillité naturelle ou atteinte de maladie mentale à un point qui la rend incapable de juger la nature et la qualité d'un acte ou d'une omission, ou de savoir qu'un acte ou une omission est mauvais.

(3) Une personne qui a des hallucinations sur un point particulier, mais qui est saine d'esprit à d'autres égards, ne doit pas être acquittée pour le motif d'aliénation mentale, à moins que les hallucinations ne lui aient fait croire à l'existence d'un état de choses qui, s'il eût existé, aurait justifié ou excusé son acte ou omission.

(4) Jusqu'à preuve du contraire, chacun est présumé être et avoir été sain d'esprit.

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) 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;

(d) may set aside a conviction and find the appellant not guilty on account of insanity and order the appellant to be kept in safe custody to await the pleasure of the lieutenant governor where it is of the opinion that, although the appellant committed the act or made the omission charged against him, he was insane at the time the act was committed or the omission was made, so that he was not criminally responsible for his conduct; [Emphasis added.]

The Ontario Court of Appeal

Before the Court of Appeal the appellant argued that given the psychiatric evidence, the drug abuse, and the bizarre nature of the accused's conduct, the Court of Appeal should substitute a verdict of not guilty by reason of insanity pursuant to s. 613(1)(d) of the *Code*. In response to this argument Lacourcière J.A. held (at pp. 343-44):

Dealing first with our power to substitute a verdict under s. 613(1)(d), there certainly was ample evidence upon which the jury could properly return a verdict of not guilty by reason of insanity. However, we are satisfied that the evidence was also capable of reasonably supporting the jury's conclusion, according to the view which they took of it, that the defence of insanity had not been proved by the accused on the balance of probabilities.

This court is not at liberty to come to its own conclusion on the issue of insanity and thereby disregard the verdict pronounced by a jury. Having regard to the statutory presumption of sanity, this court ought not to interfere with the verdict of a jury unless on consideration of all the evidence, we are satisfied that it was one which no jury acting judicially and properly instructed could have reached. See *R. v. Prince* (1971), 6 C.C.C. (2d) 183 at p. 185. [Emphasis added.]

(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;

d) peut écarter une déclaration de culpabilité et déclarer l'appelant non coupable pour cause d'aliénation mentale et ordonner que l'appelant soit détenu sous bonne garde jusqu'à ce que le lieutenant-gouverneur ait fait connaître son bon plaisir, quand elle estime que, même si l'appelant a accompli l'acte, ou est responsable de l'omission, dont il est accusé, il était aliéné au moment de l'acte ou de l'omission, de façon à ne pas être criminellement responsable de sa conduite; [Je souligne.]

La Cour d'appel de l'Ontario

Devant la Cour d'appel, l'appelant a fait valoir que, compte tenu de la preuve psychiatrique, de la consommation abusive de drogues et de la nature étrange de la conduite de l'accusé, la Cour d'appel devrait substituer un verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, conformément à l'al. 613(1)d) du *Code*. Le juge Lacourcière de la Cour d'appel répond ainsi à cet argument, aux pp. 343 et 344:

[TRADUCTION] Pour ce qui est d'abord du pouvoir de substituer un verdict que nous confère l'al. 613(1)d), il y avait certainement assez d'éléments de preuve pour permettre au jury de prononcer régulièrement un verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale. Nous sommes cependant convaincus que la preuve pouvait aussi raisonnablement appuyer la conclusion du jury, étant donné l'opinion qu'il s'en était faite, que l'accusé n'avait pas réussi à démontrer, selon la prépondérance des probabilités, l'existence de l'aliénation mentale invoquée comme moyen de défense.

Cette cour n'est pas libre de tirer ses propres conclusions sur la question de l'aliénation mentale et, partant, de passer outre au verdict d'un jury. En ce qui concerne la présomption légale portant que chacun est sain d'esprit jusqu'à preuve du contraire, cette cour ne devrait pas modifier le verdict d'un jury à moins d'être convaincue, après avoir examiné toute la preuve, qu'il s'agit d'un verdict qu'un jury, agissant de façon judiciaire et ayant reçu des directives appropriées, n'aurait pu rendre. Voir *R. v. Prince* (1971), 6 C.C.C. (2d) 183, à la p. 185. [Je souligne.]

The Points at Issue

a) Whether the Court of Appeal for Ontario erred in law in the interpretation and application of s. 613(1)(d) of the *Criminal Code*.

As I am of the view that the Court of Appeal did not err, the second issue to dispose of this appeal is

b) Whether the Court of Appeal erred in finding that the verdict of the jury was not unreasonable and could be supported by the evidence.

The Appellant's Arguments

I should mention that I find great assistance in this case in the factums of both the appellant and the respondent who have covered and analyzed thoroughly the history of s. 613(1)(d) and the case law in this country and in the U.K., even though my reading of the history is somewhat different.

Appellant argues that the Court of Appeal was wrong in applying the test set out at s. 613(1)(a)(i), that is, whether the verdict is unreasonable or cannot be supported by the evidence. Though acknowledging that provincial courts of appeal have consistently refused to interfere with a jury's verdict in insanity cases when there is evidence to support it, the appellant says that they have been in error in so refusing. The plain meaning of the words used in s. 613(1)(d) of the *Criminal Code* impose upon a court of appeal a positive duty to review the evidence and to arrive at its own conclusion on the issue of insanity regardless of the applicability of the other provisions of s. 613. In that regard, the appellant relies upon the primary rule of statutory construction, namely, that the terms of a statutory enactment are to be given their plain and rational meaning in order to promote the objects of the statute.

Furthermore, the object of s. 613(1)(d) is to ensure compliance with s. 16(1) of the *Code* and to ensure an appropriate balance to the statutory presumption of sanity under s. 16(4) of the *Code*.

Les questions en litige

a) La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur de droit dans l'interprétation et l'application de l'al. 613(1)d) du *Code criminel*?

Comme je suis d'avis que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur, je passe à la seconde question soulevée dans ce pourvoi:

b) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que le verdict du jury n'était pas déraisonnable et qu'il pouvait s'appuyer sur la preuve?

Les arguments de l'appellant

Je dois mentionner que je trouve particulièrement utiles en l'espèce les mémoires de l'appellant et de l'intimée, qui ont passé en revue et analysé en profondeur l'historique de l'al. 613(1)d) ainsi que la jurisprudence de notre pays et du Royaume-Uni, quoique mon interprétation de l'historique soit quelque peu différente.

L'appellant prétend que la Cour d'appel a eu tort d'appliquer le critère établi au sous-al. 613(1)a)(i), c'est-à-dire le critère consistant à déterminer si le verdict est déraisonnable ou s'il ne peut s'appuyer sur la preuve. Tout en reconnaissant que les cours d'appel provinciales ont constamment refusé de modifier le verdict d'un jury dans les cas d'aliénation mentale lorsqu'il existait des éléments de preuve qui l'appuyaient, l'appellant affirme qu'elles ont commis une erreur en refusant de le faire. Le sens ordinaire des termes employés à l'al. 613(1)d) du *Code criminel* impose à une cour d'appel un devoir formel d'examiner la preuve et de tirer sa propre conclusion sur la question de l'aliénation mentale sans égard à l'applicabilité des autres dispositions de l'art. 613. À ce propos, l'appellant invoque la règle fondamentale d'interprétation des lois selon laquelle il faut donner aux termes d'une mesure législative leur sens ordinaire et logique de manière à promouvoir les objectifs de la loi en question.

De plus, l'al. 613(1)d) a pour objet d'assurer que le par. 16(1) du *Code* est respecté et de contrebalancer adéquatement la présomption du par. 16(4) du *Code* selon laquelle chacun est sain d'esprit jusqu'à preuve du contraire.

The section should be interpreted in the manner contended for because:

a) A court of appeal which seeks to invoke the section may only “set aside a conviction”; it cannot “allow the appeal” as provided in s. 613(1)(a).

b) Where a conviction is “set aside” the court of appeal must “find the Appellant not guilty on account of insanity”; it cannot order a new trial . . . [A] judicial finding must be based on evidence. In order to make such a finding the court must, of its own accord, review the evidence and reach an opinion.

c) The section specifically requires that the court of appeal may only set aside the conviction, “where it is of the opinion” that the Appellant was insane at the relevant time . . .

d) A fresh review of the evidence permits a court of appeal to determine whether the medical evidence of insanity was unjustifiably rejected by the jury, whether the non-medical evidence of insanity was given due weight by the jury in light of the medical evidence and the surrounding circumstances of the case, and whether on the whole of the case the Appellant satisfied the burden of demonstrating insanity on a balance of probabilities.

The Arguments of Respondent Crown

The Crown invites us not to give a literal interpretation to s. 613(1)(d) but a purposive one, taking into account the context within which the section is to be found, its legislative history, and, finally, the proper role of courts of appeal in relation to the review of findings of facts.

The Crown’s position is stated as follows:

a) where the issue of insanity has not been raised at trial, s. 613(1)(d) empowers a Court of Appeal to explore, on its own motion, the merits of the defence and to substitute a special verdict of not guilty by reason of insanity, thereby conforming to the mandatory provision of s. 16(1):

b) where the issue of insanity has been considered by the trier of fact, s. 613(1)(d) permits a Court of

L’article devrait être interprété de la façon proposée pour les raisons suivantes:

[TRADUCTION] a) Une cour d’appel qui tente d’invoquer l’article peut seulement «écarter une déclaration de culpabilité»; elle ne peut «admettre l’appel» comme le prévoit l’al. 613(1)a).

b) Lorsqu’une déclaration de culpabilité est «écartée», la cour d’appel doit «déclarer l’appelant non coupable pour cause d’aliénation mentale»; elle ne peut ordonner la tenue d’un nouveau procès . . . [U]ne décision judiciaire doit être fondée sur des éléments de preuve. Afin de rendre cette décision, la cour doit, de son propre chef, examiner la preuve et se faire une opinion.

c) L’article prévoit expressément que la cour d’appel peut écarter une déclaration de culpabilité seulement «quand elle estime» que l’appelant était aliéné au moment pertinent . . .

d) Un nouvel examen de la preuve permet à une cour d’appel de décider si le jury a rejeté de façon injustifiable la preuve médicale de l’aliénation mentale, si le jury a dûment apprécié la preuve autre que médicale de l’aliénation mentale en fonction de la preuve médicale et des circonstances entourant l’affaire et si, compte tenu de l’ensemble de l’affaire, l’appelant s’est acquitté de l’obligation de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, l’existence de l’aliénation mentale invoquée.

f Les arguments du ministère public intimé

Le ministère public nous demande de donner non pas une interprétation littérale à l’al. 613(1)(d), mais une interprétation fondée sur l’objet visé qui tient compte du contexte dans lequel se trouve l’article, de son historique législatif et enfin du rôle que doivent remplir les cours d’appel en ce qui concerne l’examen des constatations de faits.

Selon la thèse du ministère public:

[TRADUCTION] a) lorsque la question de l’aliénation mentale n’a pas été soulevée au procès, l’al. 613(1)(d) habilite une cour d’appel à examiner, de son propre chef, le bien-fondé du moyen de défense et à substituer un verdict spécial de non-culpabilité pour cause d’aliénation mentale de manière à respecter les dispositions impératives du par. 16(1):

b) lorsque le juge des faits a examiné la question de l’aliénation mentale, l’al. 613(1)(d) habilite une cour

Appeal, having proper regard to the well settled division of functions separating the roles of the triers of fact and courts of review, to substitute the special verdict of not guilty by reason of insanity, where,

- 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,

that is, by applying s. 613(1)(a).

Analysis

The first question which must be addressed is whether s. 613 is worded in such a way that it is clear and without any ambiguities that only s. 613(1)(d) governs a court of appeal's jurisdiction as regards an insanity issue. If so, and absent any absurdity resulting from such an interpretation, that would end the matter in favour of the appellant's position.

Because of the way the section is structured, I think that it is unclear whether s. 613(1)(a) applies to an insanity issue or not. At first blush, s. 613(1)(d) appears all-encompassing. However, the reference to verdicts on insanity issues at the beginning of the whole section makes it debatable whether that reference is introductory to s. 613(1)(d) only or whether it is also introductory to s. 613(1)(a).

As a plain reading of the whole section can be supportive of either view, we should seek out the purpose of the section as regards insanity issues before a court of appeal, having regard to the proper respective functions of trial and appeal courts. The legislative history of the section is most useful in that regard.

Prior to 1923, insanity issues were dealt with in appeal under the general appeal provisions which were at the time ancestor sections of s. 613(1)(a). There was no provision such as s. 613(1)(d), which

d'appel, tout en tenant dûment compte du partage bien établi des fonctions qui distingue le rôle des juges des faits et celui des tribunaux d'appel, à substituer un verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale

- i) lorsque 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,

c'est-à-dire, en appliquant l'al. 613(1)a).

L'analyse

La première question qui se pose est de savoir si le texte de l'art. 613 établit clairement et nettement que seul l'al. 613(1)d régit la compétence d'une cour d'appel en ce qui concerne une question d'aliénation mentale. Dans l'affirmative et en l'absence de toute absurdité découlant de cette interprétation, la question serait résolue en faveur de la thèse de l'appelant.

En raison de la structure de l'article, je crois qu'il n'est pas certain que l'al. 613(1)a s'applique à une question d'aliénation mentale. À première vue, l'al. 613(1)d semble s'y appliquer. Cependant, la mention au tout début de l'article des verdicts relatifs à des questions d'aliénation mentale fait en sorte que l'on peut se demander si cette mention ne sert qu'à introduire l'al. 613(1)d ou si elle sert également d'introduction à l'al. 613(1)a.

Puisqu'une interprétation ordinaire de l'ensemble de l'article peut permettre d'appuyer l'un ou l'autre point de vue, nous devrions rechercher l'objet de l'article, relativement aux questions d'aliénation mentale soumises à une cour d'appel, en tenant compte des fonctions respectives que doivent remplir les tribunaux de première instance et les cours d'appel. L'historique législatif de cet article est particulièrement utile à cet égard.

Avant 1923, les questions d'aliénation mentale étaient instruites en appel conformément aux dispositions générales en matière d'appel qui étaient en vigueur à l'époque et qui sont à l'origine de

was introduced in its actual form in 1961, and in a somewhat different form in 1923.

The courts of appeal were then generally enabled, when allowing an appeal, to order a new trial or enter an acquittal, as is the case today. Of course, on an insanity issue, as there was no section enabling them to substitute the verdict of not guilty by reason of insanity that the trial court should in their view have entered, and as they did not want to acquit simpliciter, one finds, upon reviewing the cases over that period, that pleas of insanity successful in appeal resulted in the ordering of a new trial (see for example, *R. v. Blythe* (1909), 15 C.C.C. 224 (Ont. C.A.))

In 1923, by virtue of s. 9 of *An Act to amend the Criminal Code*, S.C. 1923, c. 41, new ss. 1014 and 1016 were added to Part XIX of the existing *Criminal Code*, R.S.C. 1906, c. 146:

1014. (1) On the hearing of any such appeal against conviction the court of appeal shall allow the appeal if it is of opinion—

- (a) that the verdict of the jury should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported having regard to the evidence; or
- (b) that the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision of any question of law; or
- (c) that on any ground there was a miscarriage of justice; and
- (d) in any other case shall dismiss the appeal.

(2) The court may also dismiss the appeal if, notwithstanding that it is of opinion that on any of the grounds above mentioned the appeal might be decided in favour of the appellant, it is also of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has actually occurred.

(3) Subject to the special provisions contained in the following sections of this Part, when the court of appeal allows an appeal against conviction it may

l'al. 613(1)a). Il n'existait aucune disposition semblable à l'al. 613(1)d) qui fut adopté, sous sa forme actuelle, en 1961, et sous une forme quelque peu différente en 1923.

^a À cette époque, les cours d'appel pouvaient généralement, lorsqu'elles accueillait un appel, ordonner la tenue d'un nouveau procès ou inscrire un verdict d'acquiescement, comme c'est le cas aujourd'hui. Bien sûr, on constate, à l'examen de la jurisprudence de l'époque, que lorsqu'une question d'aliénation mentale était soulevée, comme il n'existait pas de disposition autorisant les cours d'appel à substituer au verdict de première instance le verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale qui, selon elles, aurait dû être inscrit, et comme elles ne voulaient pas prononcer l'acquiescement pur et simple, les moyens de défense fondés sur l'aliénation mentale invoqués avec succès en cour d'appel donnaient lieu à des ordonnances de nouveau procès (voir, par exemple, *R. v. Blythe* (1909), 15 C.C.C. 224 (C.A. Ont.))

^e En 1923, aux termes de l'art. 9 de la *Loi modifiant le Code criminel*, S.C. 1923, chap. 41, de nouveaux art. 1014 et 1016 ont été ajoutés à la partie XIX du *Code criminel* existant, S.R.C. 1906, chap. 146:

^f **1014.** (1) À l'audition d'un pareil appel d'un jugement de culpabilité, la cour d'appel doit autoriser le pourvoi, si elle est d'avis—

- (a) qu'il y a lieu d'infirmer le verdict du jury pour le motif qu'il est injuste ou non justifié par la preuve; ou
- (b) qu'il y a lieu d'annuler le jugement du tribunal à cause d'une décision erronée sur un point de droit; ou
- (c) que, pour un motif quelconque, il y a eu déni de justice; et,
- (d) dans tout autre cas, la cour doit renvoyer l'appel.

(2) La cour peut aussi renvoyer l'appel si, malgré son avis que l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appellant, pour l'un des motifs susmentionnés, elle est aussi d'avis qu'il ne s'est produit aucun tort réel ou déni de justice.

(3) Subordonnément aux dispositions spéciales des articles suivants de la présente Partie, lorsque la cour d'appel autorise l'appel d'un jugement de culpabilité, elle peut—

(a) quash the conviction and direct a judgment and verdict of acquittal to be entered; or

(b) direct a new trial;

and in either case may make such other order as justice requires.

(4) When the court of appeal directs a new trial in the case of an appellant convicted, under the provisions of Part XVI or Part XVIII of this Act, of an indictable offence, if his consent or election was necessary to give jurisdiction to the magistrate or judge before whom he was tried, the new trial shall be before a jury if the appellant so requests in his notice of appeal or notice of application for leave to appeal, but otherwise shall, in the discretion of the court of appeal, be either before the proper magistrate or judge or before a jury.

1016. (1) If it appears to the court of appeal that an appellant, though not properly convicted on some count or part of the indictment, has been properly convicted on some other count or part of the indictment, the court may either affirm the sentence passed on the appellant by the trial court or pass such sentence in substitution therefor as the court thinks proper, and as may be warranted in law by the verdict on the count or part of the indictment on which the court considers that the appellant has been properly convicted.

(2) Where an appellant has been convicted of an offence and the jury or, as the case may be, the judge or magistrate, could on the indictment have found him guilty of some other offence, and on the actual finding it appears to the court of appeal that the jury, judge or magistrate must have been satisfied of facts which proved him guilty of that other offence, the court of appeal may, instead of allowing or dismissing the appeal, substitute for the verdict found a verdict of guilty of that other offence, and pass such sentence in substitution for the sentence passed by the trial court as may be warranted in law for that other offence, not being a sentence of greater severity.

(3) Where on the conviction of the appellant the jury have found a special verdict, and the court of appeal considers that a wrong conclusion has been arrived at by the trial court as to the effect of that verdict, the court of appeal may, instead of allowing the appeal, order such conclusion to be recorded as appears to the court to be in law required by the verdict, and pass such sentence in substitution for the sentence passed by the trial court as may be warranted in law.

(a) infirmer le jugement de culpabilité et ordonner l'inscription d'un jugement et d'un verdict d'acquittal; ou

(b) ordonner un nouveau procès;

^a et, dans l'un ou l'autre cas, rendre l'ordonnance qu'exige la justice.

(4) Lorsque la cour d'appel ordonne un nouveau procès dans le cas d'un appelant jugé coupable, par application des dispositions de la Partie XVI ou de la Partie XVIII de la présente loi, d'un acte criminel, si le consentement de cet appelant ou son option était nécessaire pour conférer juridiction au magistrat ou au juge devant qui il a été jugé, le nouveau procès doit s'instruire devant un jury si l'appelant en fait la requête dans son avis d'appel ou dans son avis de demande d'autorisation d'appel. Dans tout autre cas, le nouveau procès doit s'instruire, selon la discrétion de la cour d'appel, soit devant le magistrat ou juge compétent, soit devant un jury.

1016. (1) S'il paraît à la cour d'appel qu'un appelant, bien que non régulièrement jugé coupable sur quelque chef ou partie de l'accusation, a été régulièrement jugé coupable sur un autre chef ou partie de l'accusation, elle peut confirmer la sentence rendue contre l'appelant par le tribunal ou substituer une sentence que la cour croit appropriée et pouvant être justifiée par le verdict sur le chef ou partie de l'accusation qui, de l'avis de la cour, a régulièrement donné lieu au jugement de culpabilité de l'appelant.

(2) Lorsque l'appelant a été jugé coupable d'infraction et que le jury, ou, selon le cas, le juge ou le magistrat aurait pu, sur l'acte d'accusation, juger l'appelant coupable d'une autre infraction, et que, d'après le verdict tel que rendu, il semble à la cour que le jury, le juge ou le magistrat doit s'être rendu compte des faits qui ont établi sa culpabilité pour cette autre infraction, la cour d'appel peut, au lieu d'autoriser ou de renvoyer l'appel, substituer au verdict rendu un verdict de culpabilité pour cette autre infraction, et prononcer, au lieu de la sentence rendue par le tribunal, la sentence qui peut être justifiée en droit pour cette autre infraction, sans aggravation de peine.

(3) Lorsque le jury a rendu un verdict particulier en déclarant la culpabilité de l'appelant, et que la cour d'appel juge que le tribunal est arrivé à une décision erronée quant à l'effet de ce verdict, la cour d'appel peut, au lieu d'autoriser l'appel, ordonner l'inscription de la décision qu'elle croit en droit exigée par le verdict, et prononcer, au lieu de la sentence rendue par le tribunal, la sentence que de droit.

(4) If on any appeal it appears to the court of appeal that, although the appellant was guilty of the act or omission charged against him, he was insane at the time the act was done or omission made so as not to be responsible according to law for his actions, the court may quash the sentence passed by the trial court and order the appellant to be kept in strict custody, in such place and such manner as to the court of appeal seems fit, until the pleasure of the lieutenant-governor of the province is known. [Emphasis added.]

But nothing changed in 1923, with the introduction of s. 1016(4). Issues of insanity continued to be dealt with through those general provisions of s. 1014 which are similar to s. 613(1)(a). A review of the cases shows that, whenever successful, such appeals resulted in new trials under s. 1014 (see *R. v. Gibbons* (1946), 86 C.C.C. 20 (Ont. C.A.)) The courts did not resort to the power available under s. 1016(4) (see *Hébert v. The Queen*, [1955] S.C.R. 120). It is to be noted that s. 1016(4) did not enable the courts to quash the conviction but enabled them only to modify the sentence. The courts obviously felt it unfair, a sentiment that was also later expressed by the McRuer Commission, to let an improper conviction stand when the proper remedy, that is a verdict of not guilty by reason of insanity, was available in lower courts albeit only after undergoing a new trial.

What was then the purpose of s. 1016(4)? In seeking an answer one must not overlook the fact that a new trial could be triggered through the general provisions of s. 1014 only if there had been below an error of law, unreasonable findings, or miscarriage of justice as regards the issue of insanity. This could occur only if insanity was an issue raised at trial. In my view, s. 1016(4) was introduced to enable a court of appeal to give some relief, albeit incomplete, to the accused when the insanity issue was raised for the first time in appeal.

(4) En appel, s'il semble à la cour d'appel que l'appellant, bien que coupable de l'acte ou de l'omission dont il a été accusé, était dément à l'époque de la commission de l'acte ou lors de l'omission, de façon à ne pas être responsable de ses actions, d'après la loi, la cour peut infirmer la sentence rendue par le tribunal et ordonner que l'appellant soit tenu sous bonne garde, à l'endroit et en la manière qu'elle juge convenables, jusqu'à ce que le lieutenant-gouverneur de la province ait décidé de son cas. [Je souligne.]

L'adjonction du par. 1016(4) en 1923 n'a toutefois rien changé. Les questions d'aliénation mentale ont continué à être instruites sous le régime des dispositions générales de l'art. 1014 qui sont analogues à l'al. 613(1)a). L'examen de la jurisprudence nous permet de constater que, chaque fois qu'ils étaient accueillis, de tels appels aboutissaient à de nouveaux procès en vertu de l'art. 1014 (voir *R. v. Gibbons* (1946), 86 C.C.C. 20 (C.A. Ont.)) Les tribunaux ne recouraient pas au pouvoir que leur conférait le par. 1016(4) (voir *Hébert v. The Queen*, [1955] R.C.S. 120). Il convient de faire remarquer que le par. 1016(4) habilitait les tribunaux non pas à annuler la déclaration de culpabilité, mais simplement à modifier la sentence. De toute évidence, les tribunaux estimaient qu'il était injuste, un sentiment partagé plus tard par la Commission McRuer, de maintenir une déclaration de culpabilité entachée d'irrégularité alors même que le redressement approprié, c'est-à-dire un verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, pouvait être obtenu devant les tribunaux d'instance inférieure, quoique seulement à l'issue d'un nouveau procès.

Quel était donc l'objet du par. 1016(4)? En cherchant la réponse à cette question, il ne faut pas perdre de vue le fait qu'un nouveau procès ne pouvait être déclenché en vertu des dispositions générales de l'art. 1014 que s'il y avait eu, en première instance, une erreur de droit, des conclusions déraisonnables ou un déni de justice en ce qui concernait la question de l'aliénation mentale. Pour cela, il fallait absolument que la question de l'aliénation mentale ait été soulevée au procès. À mon avis, le par. 1016(4) visait à permettre à une cour d'appel d'accorder à l'accusé un certain redressement, pour incomplet qu'il fût, dans les cas où la question de l'aliénation mentale avait été soulevée pour la première fois en appel.

As I have said, I have found no instances in which s. 1016(4) and its successor section (until it was modified in 1961) was resorted to. This is probably because of the fact that, when insanity issues were not raised at trial by the defence, they could and were in this country successfully raised when appropriate by the Crown. In 1961, what was s. 1016(4), and has since become s. 613(1)(d) at the time of this case, was amended. The only change that was made enabled the court, when applying the section, to enter an acquittal by reason of insanity.

The question therefore becomes:

Was Parliament, in fact, making a fundamental change to the dynamics of the appeal process and to the traditional role of appeal courts and giving them full unfettered first instance jurisdiction by allowing all insanity issues to be determined under s. 613(1)(d), including the cases where the issue was raised at trial and determined by the trier of fact?

or

By giving appeal courts the power to enter the verdict that the trial court should have entered, was Parliament addressing the two mischiefs I have identified in the historical review; first, the anomaly of having to order a new trial after reviewing the finding below, and second, the injustice of leaving untouched the verdict of guilty because the issue of insanity, though successful in the court of appeal, had been raised in that court for the first time?

With respect for the contrary view, I think the latter to be the sounder, as being more consistent with the history of the section and the proper role of appeal courts.

Indeed, a few years earlier, the Royal Commission on the Law of Insanity as a Defence in Criminal Cases was in the process of investigating this entire area. The *Report of the Royal Commission on the Law of Insanity as a Defence in Criminal Cases* (1956), also known as the McRuer Report on Insanity, ultimately recommended to

Comme je l'ai déjà dit, je n'ai pu découvrir aucun cas où on a eu recours au par. 1016(4) et à l'article qui lui a succédé (jusqu'à ce qu'il soit modifié en 1961). Cela est dû probablement au fait que, lorsque la défense ne soulevait pas la question de l'aliénation mentale au procès, cette question pouvait être soulevée avec succès par le ministère public lorsque cela était indiqué, ce qui s'est effectivement produit au Canada. En 1961, la disposition qui a suivi le par. 1016(4) et qui est devenue par la suite l'al. 613(1)d) dont il est question en l'espèce, a été modifiée. La seule modification qui lui était apportée autorisait la cour à appliquer cette disposition pour inscrire un verdict d'acquiescement pour cause d'aliénation mentale.

La question qui se pose devient alors la suivante: En réalité, le Parlement a-t-il apporté un changement fondamental à la dynamique du processus d'appel ainsi qu'au rôle traditionnel des cours d'appel, et leur a-t-il attribué une compétence de première instance complète et absolue en permettant que toutes les questions d'aliénation mentale soient tranchées en vertu de l'al. 613(1)d), même lorsque la question a été soulevée en première instance et tranchée par le juge des faits?

ou encore, En attribuant aux cours d'appel le pouvoir d'inscrire le verdict qu'aurait dû rendre le tribunal de première instance, le législateur a-t-il voulu s'attaquer aux deux maux mentionnés dans l'historique que j'ai fait plus haut, ces maux étant d'abord l'anomalie d'avoir à ordonner la tenue d'un nouveau procès à la suite d'un examen de la décision rendue en première instance et, ensuite, l'injustice qu'il y a à laisser intact le verdict de culpabilité parce que la question de l'aliénation mentale, bien que la cour d'appel l'ait retenue, a été soulevée pour la première fois devant cette cour?

En toute déférence pour l'opinion contraire, je crois que c'est la seconde formulation qui est la plus logique car elle s'accorde mieux avec l'historique de la disposition et avec le rôle que doivent remplir les cours d'appel.

En fait, quelques années auparavant, la Commission royale chargée d'étudier la défense d'aliénation mentale en matière criminelle avait procédé à l'étude de toute cette question. Le *Rapport de la Commission royale chargée d'étudier la défense d'aliénation mentale en matière criminelle* (1956), appelé également «rapport McRuer sur l'aliénation

Parliament that the power under the predecessor of s. 613(1)(d) only to substitute a sentence and not to change the verdict was inconsistent with a verdict rendered under s. 523 (now s. 542), under which the accused person is declared to be "acquitted on account of insanity". As the Commission noted (at p. 37):

It is also inconsistent with the whole concept of Canadian law, under which no one should be found guilty of a criminal offence who is not criminally responsible according to the definition of criminal responsibility contained in the Criminal Code,

Nowhere in the report did the Commission discuss or suggest — let alone justify — that the traditional role of courts of appeal should be so fundamentally different when dealing with issues of insanity. The Commission's only concern was that alluded to in the passage cited above.

That recommendation was adopted by Parliament without more discussion in 1961, as is indicated by the statement of the Minister of Justice at the time, the Honourable Davie Fulton (*Debates of the House of Commons*, 1960-61, vol. VI, at p. 6570):

Mr. Chairman, in respect to clause 26 [the proposed s. 592(1)(d) now s. 613(1)(d)], my hon. friends opposite asked if I could give the background. Clause 26 is the clause which arises out of the recommendation of the McRuer commission on the law of insanity.

I am therefore of the view that s. 613(1)(a) governs the determination in appeal of issues of insanity and that s. 613(1)(d) operates in two ways: first, to enable a court of appeal to determine the issue as would have a trial court when the issue has not been raised below; and second, to enable the court, whether acting under s. 613(1)(a) or s. 613(1)(d), to enter, in the appropriate case, a verdict of "not guilty on account of insanity". I am supported in this view by the manner in which courts of appeal throughout Canada have exercised their jurisdiction under s. 613(1)(a) and (d) as regards issues of insanity in

mentale», a finalement recommandé au législateur fédéral que le pouvoir, conféré par la disposition qui a précédé l'al. 613(1)d), de substituer une sentence seulement et non de modifier le verdict, était incompatible avec un verdict rendu en vertu de l'art. 523 (maintenant l'art. 542), aux termes duquel l'accusé était «acquitté pour cause d'aliénation mentale». Comme le fait observer la Commission, à la p. 37:

Cela est aussi incompatible avec tout le concept du droit canadien, selon lequel nul ne devrait être déclaré coupable d'une infraction criminelle s'il n'est pas criminellement responsable suivant la définition de «la responsabilité criminelle» contenue dans le Code criminel.

Nulle part dans son rapport, la Commission n'affirme ni ne laisse entendre, et encore moins ne démontre, que le rôle traditionnel des cours d'appel devrait être si fondamentalement différent lorsqu'elles sont saisies de questions d'aliénation mentale. L'unique souci de la Commission était celui qui se dégage du passage précité.

Cette recommandation a été adoptée sans plus par le Parlement en 1961, ainsi que l'indique la déclaration faite par le ministre de la Justice de l'époque, l'honorable Davie Fulton (*Débats de la Chambre des communes*, 1960-1961, vol. VI, aux pp. 6801 et 6802):

À propos de l'article 26 [l'al. 592(1)d) du projet de loi, maintenant l'al. 613(1)d)], les honorables vis-à-vis ont demandé si je pourrais leur donner des explications. L'article 26 découle des recommandations de la Commission McRuer sur la définition juridique de la folie.

Par conséquent, je suis d'avis que l'al. 613(1)a) s'applique à la résolution des questions d'aliénation mentale en appel et que l'al. 613(1)d) joue de deux manières: en premier lieu, il habilite une cour d'appel à trancher la question de la même façon que l'aurait fait un tribunal de première instance, lorsque ce dernier n'en a pas été saisi; en deuxième lieu, il habilite la cour, peu importe qu'elle agisse en vertu de l'al. 613(1)a) ou de l'al. 613(1)d), à inscrire, si cela est indiqué, un verdict de «non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale». Mon opinion sur ce point est appuyée par la façon dont les cours d'appel à travers le Canada ont exercé, à l'égard de questions d'aliénation mentale soulevées dans le contexte d'appels contre des déclarations de culpabilité, la compétence que leur confèrent les

the context of appeals against conviction, which was usefully summarized by respondent's counsel in its factum, substantially as follows:

1. When raised for the first time in appeal the court will examine the issue and if it is satisfied that the appellant was insane at the time of the wrongful act, it will exercise its power under s. 613(1)(d) to quash the conviction and to substitute the special verdict of not guilty by reason of insanity.

—*R. v. Irwin* (1977), 36 C.C.C. (2d) 1 (Ont. C.A.);

—*R. v. Trecroce* (1980), 55 C.C.C. (2d) 202 (Ont. C.A.);

—*R. v. Hendry* (1985), 37 Man. R. (2d) 66 (Man. C.A.)

2. If insanity has been raised at trial and there has been an error of law in the form of a misdirection on the issue and,

- a) if the court is satisfied that a proper direction would have resulted in a verdict of not guilty by reason of insanity, it will substitute that verdict;

—*R. v. Kane* (1975), 6 A.P.R. 13 (N.S.S.C. App. Div.);

—*R. v. Barnier*, [1978] 1 W.W.R. 137 (B.C.C.A.), aff'd [1980] 1 S.C.R. 1124;

—*R. v. Zilke* (1978), 44 C.C.C. (2d) 521 (Sask. C.A.);

—*R. v. Winters* (1985), 51 Nfld. & P.E.I.R. 271 (Nfld. C.A.);

- b) if the court is not satisfied that, absent the misdirection, the inevitable verdict would have been not guilty by reason of insanity, it will decline to act under s. 613(1)(d) but will order a new trial.

—*R. v. O'Brien*, [1966] 3 C.C.C. 288 (N.B.S.C. App. Div.);

—*R. v. Baltzer* (1974), 27 C.C.C. (2d) 118 (N.S.S.C. App. Div.)

al. 613(1)a) et d). Cette façon de procéder, que l'avocat de l'intimée résume utilement dans son mémoire, est essentiellement la suivante:

1. Quand la question est soulevée pour la première fois en appel, la cour l'étudie et, si elle est convaincue que l'appellant était atteint d'aliénation mentale au moment de la perpétration de l'acte illégal, elle exerce la compétence que lui confère l'al. 613(1)d) pour annuler la déclaration de culpabilité et substituer le verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale.

—*R. v. Irwin* (1977), 36 C.C.C. (2d) 1 (C.A. Ont.);

—*R. v. Trecroce* (1980), 55 C.C.C. (2d) 202 (C.A. Ont.);

—*R. v. Hendry* (1985), 37 Man. R. (2d) 66 (C.A. Man.)

2. Si l'aliénation mentale a été invoquée au procès et qu'il y a eu une erreur de droit sous la forme de directives erronées sur cette question et,

- a) si la cour est convaincue que des directives appropriées auraient entraîné un verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, elle substitue ce verdict;

—*R. v. Kane* (1975), 6 A.P.R. 13 (C.S.N.-É., Div. app.);

—*R. v. Barnier*, [1978] 1 W.W.R. 137 (C.A.C.-B.), conf. [1980] 1 R.C.S. 1124;

—*R. v. Zilke* (1978), 44 C.C.C. (2d) 521 (C.A. Sask.);

—*R. v. Winters* (1985), 51 Nfld. & P.E.I.R. 271 (C.A.T.-N.);

- b) si la cour n'est pas convaincue qu'en l'absence des directives erronées, un verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale aurait inévitablement été rendu, plutôt que d'appliquer l'al. 613(1)d) elle ordonne la tenue d'un nouveau procès.

—*R. v. O'Brien*, [1966] 3 C.C.C. 288 (C.S.N.-B., Div. app.);

—*R. v. Baltzer* (1974), 27 C.C.C. (2d) 118 (C.S.N.-É., Div. app.)

3. If there has been no misdirection, but the verdict is either unreasonable or cannot be supported by the evidence, the court will set aside the conviction and substitute the special verdict provided for under s. 613(1)(d).
 —*Periard v. The Queen* (1963), 40 C.R. 85 (Que. Q.B.);
 —*R. v. Kelly* (1971), 6 C.C.C. (2d) 186 (Ont. C.A.);
 —*R. v. Futo* (1980), 4 W.C.B. 437 (Ont. C.A.);
 —*R. v. Scono* (1986), 13 O.A.C. 23 (Ont. C.A.)
4. If there has been no error of law and the verdict cannot be said to be unreasonable or unsupported by the evidence, the court will decline to interfere with the verdict.
 —*R. v. Cassidy and Letendre*, [1963] 2 C.C.C. 219 (Alta. S.C. App. Div.);
 —*R. v. Wolfson*, [1965] 3 C.C.C. 304 (Alta. S.C. App. Div.);
 —*R. v. Prince* (1971), 6 C.C.C. (2d) 183 (Ont. C.A.);
 —*R. v. Fisher* (1973), 12 C.C.C. (2d) 513 (Alta. S.C. App. Div.);
 —*R. v. Thériault* (1978), 45 C.C.C. (2d) 46 (Que. C.A.);
 —*R. v. Leboeuf* (1979), 57 C.C.C. (2d) 257 (Que. C.A.)
3. S'il n'y a pas eu de directives erronées, mais que le verdict est déraisonnable ou ne peut s'appuyer sur la preuve, la cour annule la déclaration de culpabilité et substitue le verdict spécial prévu à l'al. 613(1)d).
 —*Periard v. The Queen* (1963), 40 C.R. 85 (B.R. Qué.);
 —*R. v. Kelly* (1971), 6 C.C.C. (2d) 186 (C.A. Ont.);
 —*R. v. Futo* (1980), 4 W.C.B. 437 (C.A. Ont.);
 —*R. v. Scono* (1986), 13 O.A.C. 23 (C.A. Ont.)
4. S'il n'y a pas eu d'erreur de droit et si on ne peut dire du verdict qu'il est déraisonnable ou qu'il ne peut s'appuyer sur la preuve, la cour refuse de le modifier.
 —*R. v. Cassidy and Letendre*, [1963] 2 C.C.C. 219 (C.S. Alb., Div. app.);
 —*R. v. Wolfson*, [1965] 3 C.C.C. 304 (C.S. Alb., Div. app.);
 —*R. v. Prince* (1971), 6 C.C.C. (2d) 183 (C.A. Ont.);
 —*R. v. Fisher* (1973), 12 C.C.C. (2d) 513 (C.S. Alb., Div. app.);
 —*R. v. Thériault* (1978), 45 C.C.C. (2d) 46 (C.A. Qué.);
 —*R. v. Leboeuf* (1979), 57 C.C.C. (2d) 257 (C.A. Qué.)

Now, I turn to the second issue. Stated in technical terms, the finding by the jury was that the accused had not rebutted by a preponderance of evidence the presumption of sanity. After reviewing the evidence, I am in agreement with the Court of Appeal's finding that there was evidence supportive of the jury's conclusion and that the verdict, in that regard, was not unreasonable.

I would therefore dismiss this appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Rosen, Fleming, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Je passe maintenant à la seconde question en litige. Techniquement parlant, le jury a conclu que l'accusé n'avait pas réfuté par la prépondérance de la preuve la présomption qu'il était sain d'esprit au moment de commettre les meurtres. Compte tenu de la preuve soumise, je partage la décision de la Cour d'appel portant qu'il existait des éléments de preuve appuyant la conclusion du jury et qu'à cet égard le verdict n'était pas déraisonnable.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

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

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Vito Peralta, Ronald Moody and Jack Loney *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen in Right of Ontario and the Minister of Natural Resources of Ontario *Respondents*

and

The Attorney General of Canada and the Attorney General for Saskatchewan *Intervenors*

INDEX AS: PERALTA v. ONTARIO

File No.: 19386.

1988: May 25; 1988: December 15.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Wilson, Le Dainc*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Delegation — Federal government empowered to make regulations for management of fisheries — Licensing function delegated to provincial minister without setting species quotas — Right of provincial minister to set quotas implicit in federal legislation — Want of provincial jurisdiction to regulate commercial fisheries by general legislation not entailing want of jurisdiction to regulate provincially-owned fisheries as an aspect of administration of provincial public property.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1985), 49 O.R. (2d) 705, 7 O.A.C. 283, allowing an appeal from a judgment of Smith J. granting an application for judicial review of a decision of a provincial minister, and dismissing a reference to the Court of Appeal on an application for judicial review of a subsequent decision of the minister. Appeal dismissed.

Edward Belobaba and Christopher Dassios, for the appellants.

Blenus Wright, Q.C., and *John Cavarzan, Q.C.*, for the respondents.

T. L. James, for the intervener the Attorney General of Canada.

* Le Dain J. took no part in the judgment.

Vito Peralta, Ronald Moody et Jack Loney *Appellants*

c.

^a **Sa Majesté La Reine du chef de l'Ontario et le Ministre des Ressources naturelles de l'Ontario** *Intimés*

et

^b **Le procureur général du Canada et le procureur général de la Saskatchewan** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: PERALTA c. ONTARIO

^c

N^o du greffe: 19386.

1988: 25 mai; 1988: 15 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, ^d McIntyre, Wilson, Le Dainc*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

^e *Droit constitutionnel — Délégation — Pouvoir réglementaire fédéral en matière de gestion des pêcheries — Délégation de l'octroi de permis au ministre provincial sans quotas par espèces — Droit du ministre provincial de fixer des quotas implicites dans la législation fédérale — Le fait que la province n'a pas compétence pour réglementer les pêcheries commerciales par une législation d'application générale n'entraîne pas qu'elle n'a pas compétence pour réglementer ses pêcheries dans le cadre de son pouvoir d'administration de son domaine public.*

^f *POURVOI contre un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario (1985), 49 O.R. (2d) 705, 7 O.A.C. 283, qui a accueilli un appel du jugement du juge Smith qui avait accordé une demande d'examen judiciaire de la décision d'un ministre provincial, et a rejeté un renvoi à la Cour d'appel relativement à une demande d'examen judiciaire d'une décision subséquente du ministre. Pourvoi rejeté.*

^g *Edward Belobaba et Christopher Dassios*, pour les appelants.

Blenus Wright, c.r., et *John Cavarzan, c.r.*, pour les intimés.

^j *T. L. James*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

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

T. L. James, for the intervener the Attorney General of Canada.

B. Gale Welsh, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—We are all of the view that the appeal should be dismissed, substantially for the reasons given by MacKinnon A.C.J.O. for the Ontario Court of Appeal: (1985), 49 O.R. (2d) 705, 7 O.A.C. 283. At one point, however, the reasons state that the provinces are powerless to regulate fishing for commercial purposes. That is undoubtedly true of general legislation for that purpose. We would not wish, however, to be taken as accepting the proposition that the provinces lack jurisdiction to make such regulations in respect of provincially-owned fisheries as an aspect of their power to administer their public property. Any such regulations would, of course, be subject to overriding federal legislation.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Gowling & Henderson, Toronto.

Solicitor for the respondents: Archie Campbell, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

T. L. James, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

B. Gale Welsh, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Version française du jugement rendu par

LA COUR—Nous sommes tous d'avis que le pourvoi doit être rejeté, essentiellement pour les motifs donnés par le juge en chef adjoint de l'Ontario MacKinnon: (1985), 49 O.R. (2d) 705, 7 O.A.C. 283. Toutefois on dit dans les motifs que les provinces n'ont pas les pouvoirs de réglementer la pêche à des fins commerciales. C'est indubitablement vrai de la législation d'application générale à cette fin. Nous ne voulons toutefois pas que cette affirmation soit interprétée comme une acceptation de la proposition que les provinces n'ont pas compétence pour adopter des règlements relatifs aux pêcheries appartenant aux provinces dans le cadre de leur pouvoir d'administration de leur domaine public. Il va toutefois de soi que pareille réglementation serait assujettie à la législation fédérale prépondérante.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelants: Gowling & Henderson, Toronto.

Procureur des intimés: Archie Campbell, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

Allan Arthur Jacobs *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in Right of the Province of Alberta *Respondent*

INDEXED AS: R. v. JACOBS

File No.: 20460.

1988: December 16.

Present: Dickson C.J. and Lamer, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Directed verdict — Sufficiency of identification evidence — Whether trial judge erred in directing a verdict of acquittal.

Cases Cited

Applied: *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal¹, setting aside the accused's acquittal and ordering a new trial. Appeal dismissed.

K. W. Penonzek, for the appellant.

Jack Watson, for the respondent.

The following is the judgment delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—It will not be necessary to call on you, Mr. Watson. We have reached a unanimous conclusion as to the disposition of this appeal, and Justice Lamer will read the judgment.

LAMER J.—The rule adopted in this Court's recent decision in *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802, a decision that was handed down after the trial in this case but before the appeal to the Alberta Court of Appeal, is determinative of this appeal, and the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Oshry & Company, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Jack Watson, Edmonton.

¹ Alta. C.A., No. 8603-1079-A, September 17, 1987.

Allan Arthur Jacobs *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine du chef de la province de l'Alberta *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: R. c. JACOBS

N° du greffe: 20460.

1988: 16 décembre.

b

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

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

c

Droit criminel — Verdict imposé — Suffisance de la preuve d'identification — Le juge du procès a-t-il eu tort d'imposer un verdict d'acquiescement?

Jurisprudence

d

Arrêt appliqué: *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802.

e

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta¹, qui a annulé l'acquiescement de l'accusé et qui a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

K. W. Penonzek, pour l'appelant.

f

Jack Watson, pour l'intimée.

Version française du jugement rendu oralement par

g

LE JUGE EN CHEF—M^e Watson, nous n'avons pas besoin de vous entendre. Nous en sommes venus à une conclusion unanime sur l'issue de ce pourvoi et le juge Lamer va lire le jugement.

h

LE JUGE LAMER—La règle adoptée dans l'arrêt *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802, un arrêt récent de cette Cour qui a été rendu après la date du procès en l'espèce mais avant l'appel à la Cour d'appel de l'Alberta, est déterminante et le pourvoi est rejeté.

i

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Oshry & Company, Edmonton.

j

Procureur de l'intimée: Jack Watson, Edmonton.

¹ C.A. Alb., n° 8603-1079-A, 17 septembre 1987.

**Syndicat national des employés de la
Commission scolaire régionale de l'Outaouais
(CSN) Appellant**

v.

**Union des employés de service, local 298
(FTQ) Respondent**

and

Mr. Réal Bibeault and Labour Court *Mis en
cause*

and

**Labour Court judges Jean-Paul Geoffroy,
René Beaudry, Denis Aubé, Marc Brière,
Jean Girouard, Bernard Prud'Homme,
Claude St-Arnaud, Louis Morin, Robert
Auclair, Robert Burns and Bernard Lesage**
Mis en cause

and

**Commission scolaire régionale de
l'Outaouais, Entreprise Netco Inc., Services
Ménagers Roy Limitée, MBD Conciergeries
Limitée** *Mis en cause*

INDEXED AS: U.E.S., LOCAL 298 v. BIBEAULT

File No.: 18609.

1986: October 29, 30; 1988: December 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

*Labour law — Certification — Transfer of rights and
obligations — Janitorial services contract terminated
by school board and awarded to new subcontractor —
Labour commissioner erred in finding an operation by
another of the undertaking and recorded transfer of
rights and obligations between subcontractors —
Excess of jurisdiction — Conditions in which s. 45 of
Labour Code applies: continuity of undertaking and
requirement of legal relation between successive
employers — Definition of undertaking — Labour
Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 45, 46.*

* Estey, Chouinard and Le Dain JJ. took no part in the
judgment.

**Syndicat national des employés de la
Commission scolaire régionale de l'Outaouais
(CSN) Appellant**

a c.

**Union des employés de service, local 298
(FTQ) Intimée**

et

b **Monsieur Réal Bibeault et Tribunal du
travail** *Mis en cause*

et

c **Messieurs les juges du Tribunal du travail,
Jean-Paul Geoffroy, René Beaudry, Denis
Aubé, Marc Brière, Jean Girouard, Bernard
Prud'Homme, Claude St-Arnaud, Louis
Morin, Robert Auclair, Robert Burns et
Bernard Lesage** *Mis en cause*

et

e **Commission scolaire régionale de
l'Outaouais, Entreprise Netco Inc., Services
Ménagers Roy Limitée, MBD Conciergeries
Limitée** *Mises en cause*

RÉPERTORIÉ: U.E.S., LOCAL 298 c. BIBEAULT

f N° du greffe: 18609.

1986: 29, 30 octobre; 1988: 22 décembre.

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

g

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit du travail — Accréditation — Transmission
des droits et obligations — Contrat d'entretien ménager
résilié par une commission scolaire et octroyé à un
nouveau sous-traitant — Commissaire du travail con-
cluait erronément à l'existence d'une concession d'une
entreprise et constatant la transmission des droits et
obligations entre les sous-traitants — Excès de compé-
tence — Conditions d'application de l'art. 45 du Code
du travail: continuité de l'entreprise et nécessité d'un
lien de droit entre employeurs successifs — Définition
de l'entreprise — Code du travail, L.R.Q., chap. C-27,
art. 45, 46.*

* Les juges Estey, Chouinard et Le Dain n'ont pas pris part
au jugement.

Judicial review — Labour Court and labour commissioner — Jurisdiction — Error as to legislation interpretation of which not within jurisdiction of labour commissioner — Labour commissioner and Labour Court erred in finding an operation by another of the undertaking and recorded transfer of rights and obligations covered by s. 45 of Labour Code — Jurisdictional error — Writ of evocation granted — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 45, 46.

Administrative law — Prerequisite — Difficulty in applying concept of prerequisite — New approach to questions of jurisdiction.

The question is whether s. 45 of the *Labour Code* applied to the case of two subcontractors who succeeded each other under two subcontracting contracts given to them by the same principal, without there being any legal relation between the two subcontractors. MBD and Netco handled janitorial services in six C.S.R.O. schools under contracts for janitorial services awarded annually through calls for tenders. At the time appellant was certified to represent the Netco and MBD employees assigned to the cleaning of the schools. Following a strike by MBD and Netco employees, the C.S.R.O. legally terminated the contracts for janitorial services and, after calls for tenders, assigned the janitorial services of the six schools by contract to Services Ménagers. Appellant filed applications with the labour commissioner general citing ss. 45 and 46 of the *Labour Code*, seeking to have the transfer of the rights and obligations of MBD and Netco to Services Ménagers recorded and so defeat respondent's application for certification in respect of the Services Ménagers employees. The labour commissioner granted appellant's applications. He recorded the transfer of the rights and obligations of MBD and Netco to Services Ménagers and declared that the latter was bound by the certification of MBD and Netco. On the same day he dismissed respondent's application for certification. In a majority judgment, the Labour Court upheld the decisions of the labour commissioner. Respondent then applied to the Superior Court for a writ of evocation against the decisions of the Labour Court and the commissioner. The Superior Court allowed the motion for evocation and the judgment was affirmed by the Court of Appeal. In this Court, appellant's principal argument was that the Superior Court and the Court of Appeal, despite the existence of a privative clause in the *Labour Code*, erred in justifying their intervention by the theory of questions "preliminary" or "collateral" to the exercise of jurisdiction, and in holding that the existence of an alienation or

Contrôle judiciaire — Tribunal du travail et commissaire du travail — Compétence — Erreur sur une disposition législative dont l'interprétation ne relève pas de la compétence du commissaire du travail — Commissaire du travail et Tribunal du travail concluant erronément à l'existence d'une concession d'une entreprise et constatant la transmission des droits et obligations visés à l'art. 45 du Code du travail — Erreur d'ordre juridictionnel — Bref d'évocation accordé — Code du travail, L.R.Q., chap. C-27, art. 45, 46.

Droit administratif — Condition préalable — Difficultés d'application de la notion de condition préalable — Nouvelle façon de cerner les questions d'ordre juridictionnel.

Il s'agit de déterminer si l'art. 45 du *Code du travail* vise le cas de deux sous-traitants qui se succèdent l'un à l'autre en vertu de deux contrats de sous-traitance que leur consent un même auteur, sans qu'il y ait de lien de droit entre les deux sous-traitants. MBD et Netco exécutaient l'entretien ménager dans six écoles de la C.S.R.O. en vertu de contrats d'entretien accordés annuellement au moyen d'appels d'offres. À l'époque, l'appelant était accrédité pour représenter les salariés de Netco et de MBD affectés à l'entretien des écoles. À la suite d'une grève des salariés de MBD et de Netco, la C.S.R.O. a résilié légalement les contrats d'entretien et, après appels d'offres, a confié par contrat l'entretien des six écoles à Services Ménagers. L'appelant a déposé chez le commissaire général du travail des requêtes dans lesquelles il invoquait les art. 45 et 46 du *Code du travail* pour faire constater la transmission des droits et obligations de MBD et Netco à Services Ménagers et faire ainsi échec à une requête en accréditation visant les salariés de Services Ménagers présentée par l'intimée. Le commissaire du travail accueille les requêtes de l'appelant. Il constate la transmission des droits et obligations de MBD et de Netco à Services Ménagers et il déclare que cette dernière est liée par l'accréditation de MBD et de Netco. Le même jour, il rejette la requête en accréditation présentée par l'intimée. Dans un jugement majoritaire, le Tribunal du travail confirme les décisions du commissaire du travail. L'intimée s'adresse alors à la Cour supérieure pour obtenir la délivrance d'un bref d'évocation à l'encontre de la décision du Tribunal du travail et du commissaire. La Cour supérieure fait droit à la requête en évocation et le jugement est confirmé par la Cour d'appel. Devant cette Cour, l'appelant soutient principalement que la Cour supérieure et la Cour d'appel ont erré en justifiant leur intervention, malgré l'existence d'une clause privative dans le *Code du travail*, par la théorie dite des conditions préliminaires ou préalables à l'exercice d'une compétence et en décidant que l'exis-

operation by another of an undertaking within the meaning of the civil law is a prerequisite to exercise of the power to issue a record of the transfer of rights and obligations.

Held: The appeal should be dismissed.

The chief problem in a case of judicial review is determining the jurisdiction of the tribunal whose decision is impugned. In the absence of any coherent test for distinguishing what is in fact preliminary, the prerequisite concept does not assist in the inquiry. It diverts the courts from the only question they should ask, "Did the legislator intend such a matter to be within the jurisdiction conferred on the tribunal?" By limiting the concept of the preliminary or collateral question and by introducing the doctrine of a patently unreasonable interpretation, this Court is giving notice of the development of a new approach to determining jurisdictional questions. Henceforth, the formalistic analysis of the preliminary or collateral question must give way to a pragmatic and functional analysis. This analysis, hitherto associated with cases of patently unreasonable error on a matter within the Court's jurisdiction, is just as suited to a case in which an error is alleged in the interpretation of a provision limiting that jurisdiction. In both cases, the first stage of the analysis involves determining the tribunal's jurisdiction. To do this, the Court examines not only the wording of the enactment conferring jurisdiction on the administrative tribunal, but the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise of its members and the nature of the problem before the tribunal.

In deciding whether there was a transfer of rights and obligations under s. 45 of the *Labour Code*, the labour commissioner and the Labour Court did not perform an act within their jurisdiction *stricto sensu*. Taken together, the wording of ss. 45 and 46, the legislative context of these sections and the area of expertise of the labour commissioner clearly indicate that the legislator did not intend the commissioner's decision about the existence of an alienation or operation by another of an undertaking to be conclusive. The transfer of rights and obligations occurs as of right on the day of the alienation, operation by another or change in legal structure of the undertaking. The labour commissioner only records the transfer of rights and obligations guaranteed in s. 45. The powers conferred on the commissioner in s. 46 of the Code are thus limited to resolving administrative difficulties that may arise out of an alienation or operation by another of an undertaking. A labour commissioner will undoubtedly, depending on the circum-

tence d'une aliénation ou d'une concession d'entreprise au sens du droit civil est une condition préliminaire ou préalable à l'exercice du pouvoir d'émettre un constat de transmission de droits et d'obligations.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le principal problème en matière de contrôle judiciaire est la détermination de la compétence du tribunal dont la décision est attaquée. La notion de condition préalable, en l'absence de critère cohérent qui permette de distinguer ce qui est préalable de ce qui ne l'est pas, ne facilite pas cette détermination. Elle détourne les tribunaux de la seule question qu'il faut se poser: «Le législateur a-t-il voulu qu'une telle matière relève de la compétence conférée au tribunal?» En restreignant la notion de condition préalable et en introduisant la doctrine de l'interprétation manifestement déraisonnable, cette Cour signale une évolution vers une nouvelle façon de cerner les questions d'ordre juridictionnel. Désormais, l'analyse formaliste de la doctrine de la condition préalable doit céder le pas à une analyse pragmatique et fonctionnelle. Cette analyse, associée jusqu'ici aux cas où l'on allègue une erreur manifestement déraisonnable sur une question qui relève de la compétence du tribunal, convient tout aussi bien pour les cas où l'on allègue une simple erreur sur une disposition qui circonscrit cette compétence. Dans les deux cas, la première étape de l'analyse consiste à déterminer la compétence du tribunal. Pour ce faire, la Cour examine non seulement le libellé de la disposition législative qui confère la compétence au tribunal administratif, mais également l'objet de la loi qui crée le tribunal, la raison d'être de ce tribunal, le domaine d'expertise de ses membres, et la nature du problème soumis au tribunal.

En décidant de la transmission des droits et obligations aux termes de l'art. 45 du *Code du travail*, le commissaire du travail et le Tribunal du travail ne posent pas un acte qui relève de leur compétence, *stricto sensu*. Le libellé des art. 45 et 46, le contexte législatif de ces articles, et le domaine de l'expertise du commissaire du travail se conjuguent pour indiquer clairement que le législateur ne voulait pas que la décision du commissaire au sujet de l'existence d'une aliénation ou d'une concession de l'entreprise soit déterminante. La transmission des droits et obligations s'opère de plein droit, dès le jour de l'aliénation, de la concession ou du changement de structure juridique de l'entreprise. Le commissaire du travail ne fait que constater la transmission des droits et obligations garantis par l'art. 45. Les pouvoirs conférés au commissaire par l'art. 46 du Code se limitent donc à régler les difficultés administratives qui peuvent découler d'une aliénation ou d'une concession d'entreprise. Certes, le commissaire doit, selon les

stances, consider the requirements contained in s. 45 before making an order under s. 46. Nevertheless, the question of alienation or operation by another of an undertaking is not within the labour commissioner's jurisdiction *stricto sensu*. These concepts are civil law concepts that require no special expertise on the part of an administrative tribunal. They are concepts which do not call on the commissioner's expertise. As the interpretation of s. 45 is a question of jurisdictional nature, the commissioner cannot erroneously conclude that an alienation or operation by another of an undertaking exists without exceeding his jurisdiction.

In the *Labour Code* context, the legislator intended that the bargaining and the resulting collective agreement take place within the following three-part framework: an employer, his undertaking and the association of employees connected with that employer's undertaking. When an undertaking is alienated or operated by another in whole or in part, the essential components of this three-part framework must continue to exist if the certification or collective agreement are to remain relevant. For the purposes of s. 45, the undertaking is the most important component. It consists of a self-sustaining organization of resources through which specific activities can be wholly or partly carried on. This definition of an undertaking is the only one which takes into account the various legal operations required to bring s. 45 into operation and is the only one which proves capable of describing an undertaking in all its aspects. The nature of collective bargaining requires that this undertaking be that of an employer. The employer is the one designated in the certification, the collective agreement or by any proceeding "for the securing of certification or for the making or carrying out of a collective agreement" (s. 45). Alienation or operation by another of this undertaking establishes, by means of a voluntary transfer of a right, a legal relation between successive employers. For a transfer of rights and obligations contemplated by s. 45 to operate, the fundamental components of an undertaking must be found to exist in whole or in part in the operations of a new employer, following the "alienation or operation by another . . . in part of" that undertaking. Continuity of the undertaking is a condition for the application of s. 45 because the relevance of the certification and the agreement depends on the existence of that undertaking, at least in its essential elements. The test of continuity in an undertaking requires identification of the essential elements of the undertaking, which must be found to exist to a sufficient degree in the new employer's operations. Each component must be weighed according to its respective importance.

circumstances, examiner les exigences énoncées à l'art. 45 avant de délivrer l'ordonnance prévue à l'art. 46. Néanmoins, la question de l'aliénation ou de la concession d'une entreprise ne relève pas de la compétence du commissaire du travail, *stricto sensu*. Ces concepts sont des notions de droit civil qui ne requièrent aucune compétence particulière de la part de l'instance administrative. Il s'agit là de notions qui ne font pas appel à l'expertise du commissaire. L'interprétation de l'art. 45 étant une question d'ordre juridictionnel, le commissaire ne peut erronément conclure à l'existence d'une aliénation ou d'une concession de l'entreprise sans excéder sa compétence.

Dans le contexte du *Code du travail*, il est de l'intention du législateur que la négociation et la convention collective qui en résulte se réalisent dans un cadre tripartite: un employeur, son entreprise et l'association des salariés se rattachant à l'entreprise de cet employeur. Lorsqu'une entreprise est aliénée ou concédée, totalement ou partiellement, les éléments essentiels de ce cadre tripartite doivent subsister pour que l'accréditation ou la convention collective restent pertinentes. Pour les fins de l'art. 45, l'entreprise est l'élément le plus important. Elle consiste en un ensemble organisé suffisant des moyens qui permettent substantiellement la poursuite en tout ou en partie d'activités précises. Cette définition de l'entreprise est la seule qui tienne compte des diverses opérations juridiques requises pour enclencher l'application de l'art. 45 et qui se révèle apte à décrire une entreprise dans toute sa spécificité. La nature de la négociation collective exige que cette entreprise soit celle d'un employeur. L'employeur, pour sa part, est celui qui est visé par l'accréditation, la convention collective, ou par toute procédure «en vue de l'obtention d'une accréditation ou de la conclusion ou de l'exécution d'une convention collective» (art. 45). L'aliénation ou la concession de cette entreprise établit, au moyen d'une transmission volontaire d'un droit, un lien de droit entre employeurs successifs. Pour qu'une transmission de droits et obligations visée à l'art. 45 se fasse, il faut retrouver, suite à «l'aliénation ou la concession . . . partielle d'une entreprise» les assises de cette même entreprise, en totalité ou en partie, auprès d'un nouvel employeur. La continuité de l'entreprise est en effet la condition essentielle à l'application de l'art. 45 parce que la pertinence de l'accréditation et de la convention dépend de l'existence de cette entreprise, au moins dans ses éléments essentiels. Le test du maintien de l'entreprise suppose donc l'identification des éléments essentiels d'une entreprise lesquels doivent se retrouver, de façon suffisamment importante, chez le nouvel employeur. Chaque élément doit être pondéré selon son importance respective.

In the case at bar, s. 45 did not bring about a transfer of rights and obligations from Netco and MBD to Services Ménagers. The three subcontractors are competitors in the janitorial services industry. C.S.R.O. is a client which dealt first with Netco and MBD and then with Services Ménagers. Section 45 does not support the conclusion that rights and obligations have been transferred from one employer to another solely because each of them hires employees engaged in similar activities. Only an alienation or agreement to operate made by Netco or MBD in favour of Services Ménagers of that part of their undertaking concerned with janitorial services in the C.S.R.O. schools would have caused a transfer of rights and obligations to be effected between Netco and MBD on the one hand and Services Ménagers on the other. By rejecting the need for a legal relation between successive employers and adopting a "functional" definition of the undertaking, the labour commissioner is giving s. 45 an interpretation that does not recognize the existence of the three-part context in which the collective bargaining must necessarily take place and which also disregards the basis of that section. Because of their desire to protect the certification and collective agreement despite all the vicissitudes of the undertaking, the labour commissioner and the majority of the Labour Court have taken a position inconsistent with the purpose of the *Labour Code*: to promote collective bargaining as a better means of guaranteeing industrial peace and to establish equitable relations between employer and employees.

Cases Cited

Approved: *Mode Amazone v. Comité conjoint de Montréal de l'Union internationale des ouvriers du vêtement pour dames*, [1983] T.T. 227; **disapproved:** *Jack Schwartz Service Station v. Teamsters Local Union 900*, [1975] T.T. 125; **referred to:** *Adam v. Daniel Roy Ltée*, [1983] 1 S.C.R. 683; *Martinique Motor Inn Ltd. v. Union des employés d'hôtel, motel et club*, [1973] T.T. 151; *Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida Inc. v. J.R. Thêberge Ltée*, [1965] R.D.T. 449; *Centrale de Chauffage Enr. v. Syndicat des employés des institutions religieuses de Chicoutimi Inc.*, [1970] T.T. 236; *Syndicat national des concierges des commissions scolaires des comtés de Richelieu, Verchères et Yamaska (CSN) v. For-Net Inc.*, [1971] T.T. 146; *Union des employés de service d'édifices, local 298—F.T.Q. v. Syndicat des employés de soutien de maisons d'enseignement de la Régionale Le Gardeur (CSN)*, [1971] T.T. 203; *Canadian Kenworth Ltd. v. Syndicat international des travailleurs unis de l'automobile, de l'aéronautique, de l'astronautique et des instruments aratoires d'Amérique, local 1146*, [1975] T.T. 168; *Syndicat des employés de*

En l'espèce, l'art. 45 n'a pas opéré une transmission des droits et obligations de Netco et MBD à Services Ménagers. Les trois sous-traitants sont des concurrents dans l'industrie d'entretien ménager. La C.S.R.O. est une cliente qui a traité d'abord avec Netco et MBD et ensuite avec Services Ménagers. Or, l'article 45 ne permet pas que l'on puisse prononcer la transmission de droits et obligations d'un employeur à un autre pour l'unique raison que chacun d'eux engage des employés effectuant des activités semblables. Seule une aliénation ou concession faite par Netco ou MBD à Services Ménagers de cette partie de leur entreprise affectée à l'entretien ménager des écoles de la C.S.R.O. aurait déclenché une transmission de droits et d'obligations en vertu de l'art. 45 entre Netco et MBD d'une part et Services Ménagers d'autre part. En rejetant la nécessité d'un lien de droit entre employeurs successifs et en adoptant une définition «fonctionnelle» de l'entreprise, le commissaire du travail a donné à l'art. 45 une interprétation qui méconnaît l'existence du cadre tripartite dans lequel la négociation collective doit forcément prendre place et qui fait également abstraction du fondement de l'article. La position du commissaire du travail et de la majorité du Tribunal de travail, fondée sur le vœu de protéger l'accréditation et la convention collective malgré toutes les vicissitudes de l'entreprise, ne respecte pas l'objectif du *Code du travail*: promouvoir la négociation collective comme moyen de mieux garantir la paix industrielle et d'établir des relations équitables entre employeur et salariés.

f Jurisprudence

Arrêt approuvé: *Mode Amazone c. Comité conjoint de Montréal de l'Union internationale des ouvriers du vêtement pour dames*, [1983] T.T. 227; **arrêt critiqué:** *Jack Schwartz Service Station c. Teamsters Local Union 900*, [1975] T.T. 125; **arrêts mentionnés:** *Adam c. Daniel Roy Ltée*, [1983] 1 R.C.S. 683; *Martinique Motor Inn Ltd. c. Union des employés d'hôtel, motel et club*, [1973] T.T. 151; *Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida Inc. c. J.R. Thêberge Ltée*, [1965] R.D.T. 449; *Centrale de Chauffage Enr. c. Syndicat des employés des institutions religieuses de Chicoutimi Inc.*, [1970] T.T. 236; *Syndicat national des concierges des commissions scolaires des comtés de Richelieu, Verchères et Yamaska (CSN) c. For-Net Inc.*, [1971] T.T. 146; *Union des employés de service d'édifices, local 298—F.T.Q. c. Syndicat des employés de soutien de maisons d'enseignement de la Régionale Le Gardeur (CSN)*, [1971] T.T. 203; *Canadian Kenworth Ltd. c. Syndicat international des travailleurs unis de l'automobile, de l'aéronautique, de l'astronautique et des instruments aratoires d'Amérique, local 1146*, [1975] T.T. 168; *Syndicat des employés de l'im-*

l'imprimerie de la région de l'amiante (CSN) v. Imprimerie Roy et Laliberté Inc., [1980] T.T. 503; *Syndicat des salariés de service d'entretien (C.S.D.) v. Montcalm Carpets Specialists Ltd.*, [1981] T.T. 273; *Entrepôts Schenker Ltée v. Travailleurs canadiens de l'Alimentation et d'autres industries, local P-766*, [1981] T.T. 420; *Syndicat national des employés de la Commission scolaire régionale de l'Outaouais v. Services Ménagers Bordeaux*, [1980] T.T. 233; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412; *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476; *Canadian Union of Public Employees Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Montréal Trust v. Tribunal du travail*, [1975] R.D.T. 353; *Lecavalier v. Syndicat national des employés de la Ville de Laval Inc. (C.S.N.)*, [1976] C.S. 856; *Syndicat des employés municipaux de la Ville de Hull v. Hull (Ville de)*, [1985] C.A. 552; *Derko Ltée v. Roy, Que. Sup. Ct.*, No. 200-05-001343-792, June 28, 1979; *Fraternité internationale des ouvriers en électricité v. National Cablevision Ltd.*, [1967] R.D.T. 314; *Cité de Lachine v. Union des employés municipaux de la Cité de Lachine*, [1974] T.T. 279; *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union*, [1984] 1 S.C.R. 269; *Parkhill Bedding & Furniture Ltd. v. International Molders & Foundry Workers Union of North America, Local 174 (1961)*, 26 D.L.R. (2d) 589; *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works Ltd.*, [1948] 2 W.W.R. 1055; *International Union of United Brewery, Flour, Cereal, Soft Drink and Distillery Workers of America (Local 239) v. Coca-Cola Ltd.*, [1978] R.L. 391; *Alimentation de la Seigneurie Inc. v. Union des employés de commerce, local 500*, D.T.E. 83T-694; *Union des employés de commerce, local 500 T.U.A.C. (U.F.C.W.) v. Union des employés de commerce, local 501 T.U.A.C. (U.F.C.W.)*, D.T.E. 85T-521; *Industries du frein total Ltée v. Syndicat international des travailleurs unis de l'automobile, de l'aérospatiale et de l'outillage agricole d'Amérique (T.U.A.-F.T.Q.-C.T.C.), section locale 1900*, [1985] T.T. 220; *Syndicat des salariés de la Boulangerie Weston (C.S.D.) v. Union des employés de commerce, local 501, T.U.A.C.*, [1986] T.T. 128; *Commission des normes du travail v. Delta Granite Inc.*, J.E. 85-927; *Commission des normes du travail v. Banque nationale du Canada*, D.T.E. 88T-282; *Commission des normes du travail v. Frank White Entreprises Inc.*, [1984] C.P. 232; *Commission des normes du travail v. Erdan*, [1985] C.P. 353; *Barnes Security Service Ltd. v. Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aérospatiale, local 2235*, [1972] T.T. 1; *Syndicat des travailleurs*

primerie de la région de l'amiante (CSN) c. Imprimerie Roy et Laliberté Inc., [1980] T.T. 503; *Syndicat des salariés de service d'entretien (C.S.D.) c. Montcalm Carpets Specialists Ltd.*, [1981] T.T. 273; *Entrepôts Schenker Ltée c. Travailleurs canadiens de l'Alimentation et d'autres industries, local P-766*, [1981] T.T. 420; *Syndicat national des employés de la Commission scolaire régionale de l'Outaouais c. Services Ménagers Bordeaux*, [1980] T.T. 233; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412; *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Union internationale des employés des services, local no. 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Montréal Trust c. Tribunal du travail*, [1975] R.D.T. 353; *Lecavalier c. Syndicat national des employés de la Ville de Laval Inc. (C.S.N.)*, [1976] C.S. 856; *Syndicat des employés municipaux de la Ville de Hull c. Hull (Ville de)*, [1985] C.A. 552; *Derko Ltée c. Roy, C.S. Qué.*, n° 200-05-001343-792, 28 juin 1979; *Fraternité internationale des ouvriers en électricité c. National Cablevision Ltd.*, [1967] R.D.T. 314; *Cité de Lachine c. Union des employés municipaux de la Cité de Lachine*, [1974] T.T. 279; *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269; *Parkhill Bedding & Furniture Ltd. v. International Molders & Foundry Workers Union of North America, Local 174 (1961)*, 26 D.L.R. (2d) 589; *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works Ltd.*, [1948] 2 W.W.R. 1055; *International Union of United Brewery, Flour, Cereal, Soft Drink and Distillery Workers of America (Local 239) c. Coca-Cola Ltd.*, [1978] R.L. 391; *Alimentation de la Seigneurie Inc. c. Union des employés de commerce, local 500*, D.T.E. 83T-694; *Union des employés de commerce, local 500 T.U.A.C. (U.F.C.W.) c. Union des employés de commerce, local 501 T.U.A.C. (U.F.C.W.)*, D.T.E. 85T-521; *Industries du frein total Ltée c. Syndicat international des travailleurs unis de l'automobile, de l'aérospatiale et de l'outillage agricole d'Amérique (T.U.A.-F.T.Q.-C.T.C.), section locale 1900*, [1985] T.T. 220; *Syndicat des salariés de la Boulangerie Weston (C.S.D.) c. Union des employés de commerce, local 501, T.U.A.C.*, [1986] T.T. 128; *Commission des normes du travail c. Delta Granite Inc.*, J.E. 85-927; *Commission des normes du travail c. Banque nationale du Canada*, D.T.E. 88T-282; *Commission des normes du travail c. Frank White Entreprises Inc.*, [1984] C.P. 232; *Commission des normes du travail c. Erdan*, [1985] C.P. 353; *Barnes Security Service Ltd. c. Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aérospatiale, local 2235*, [1972] T.T. 1;

forestiers de la division Jacques Cartier (FTPF-CSN) v. H.C. Leduc Ltée, [1977] T.T. 249; *Clinique communautaire de Pointe St-Charles v. Syndicat professionnel des diététistes du Québec*, [1973] T.T. 338; *Gérances West Cliff Ltée v. Union des employés de service, local 298 F.T.Q.*, [1981] T.T. 432; *Hull (Ville de) v. Bibeault, D.T.E. 83T-906*; *Brasserie Labatt Ltée v. Commissaire général du travail*, [1986] R.J.Q. 908; *Fondation-Habitation Champlain Inc. v. Tribunal du travail, D.T.E. 86T-500*; *Syndicat des employés de la Commission régionale de Tilly (CSN) v. Langlois*, [1976] T.T. 165; *Cégep de Shawinigan v. Syndicat du personnel de soutien du Collège d'enseignement de Shawinigan Enr.*, [1976] T.T. 209; *J. A. Hubert Ltée v. Syndicat des employés de soutien du Collège Ahuntsic*, [1977] T.T. 110; *Union des chauffeurs de camions, hommes d'entrepôts et autres ouvriers, local 106 v. Alain Lacasse Transport Inc.*, [1977] T.T. 231; *Compagnie du Trust National Ltée v. Burns*, [1985] C.S. 1286; *Sitri Inc. v. Cartage & Miscellaneous Employee's Union, Local 931 (F.T.Q.)*, [1977] T.T. 29.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting labour standards, R.S.Q., c. N-1.1 [formerly S.Q. 1979, c. 45], s. 96.
Education Act, R.S.Q., c. I-14.
Labour Code, R.S.Q., c. C-27 [am. 1977, c. 41], ss. 1(b), (k), (l), 17, 21, 22 [am. 1979, c. 32, s. 3], 23 [am. 1978, c. 15, s. 140; am. 1979, c. 45, s. 150], 31, 32, 34, 45, 46, 52, 58, 62.

Authors Cited

Association Henri Capitant. *Vocabulaire juridique*. Publié sous la direction de Gérard Cornu. Paris: P.U.F., 1987.
 Brière, Marc, Robert P. Gagnon et Catherine Saint-Germain. *La transmission de l'entreprise en droit du travail*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1982.
 Capitant, Henri. *Vocabulaire juridique*. Paris: P.U.F., 1936.
 Corniot, S. *Dictionnaire de droit*, t. I. Paris: Dalloz, 1966.
 De Smith, S. A. *Constitutional and Administrative Law*, 4th ed. By Harry Street and Rodney Brazier. Harmondsworth, Eng.: Penguin Books, 1981.
 De Smith, S. A. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. By J. M. Evans. London: Stevens & Sons, 1980.
 De Villargues, Rolland. *Dictionnaire du droit civil, commercial et criminel*, t. 1, 4^e éd. Bruxelles: Meline, Cans et Cie, 1889.
Dictionnaire de droit privé. Comité de rédaction: Paul-A. Crépeau et al. Montréal: Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1985.

Syndicat des travailleurs forestiers de la division Jacques Cartier (FTPF-CSN) c. H.C. Leduc Ltée, [1977] T.T. 249; *Clinique communautaire de Pointe St-Charles c. Syndicat professionnel des diététistes du Québec*, [1973] T.T. 338; *Gérances West Cliff Ltée c. Union des employés de service, local 298 F.T.Q.*, [1981] T.T. 432; *Hull (Ville de) c. Bibeault, D.T.E. 83T-906*; *Brasserie Labatt Ltée c. Commissaire général du travail*, [1986] R.J.Q. 908; *Fondation-Habitation Champlain Inc. c. Tribunal du travail, D.T.E. 86T-500*; *Syndicat des employés de la Commission régionale de Tilly (CSN) c. Langlois*, [1976] T.T. 165; *Cégep de Shawinigan c. Syndicat du personnel de soutien du Collège d'enseignement de Shawinigan Enr.*, [1976] T.T. 209; *J. A. Hubert Ltée c. Syndicat des employés de soutien du Collège Ahuntsic*, [1977] T.T. 110; *Union des chauffeurs de camions, hommes d'entrepôts et autres ouvriers, local 106 c. Alain Lacasse Transport Inc.*, [1977] T.T. 231; *Compagnie du Trust National Ltée c. Burns*, [1985] C.S. 1286; *Sitri Inc. c. Cartage & Miscellaneous Employee's Union, Local 931 (F.T.Q.)*, [1977] T.T. 29.

Lois et règlements cités

Code du travail, L.R.Q., chap. C-27 [mod. 1977, chap. 41], art. 1b), k), l), 17, 21, 22 [mod. 1979, chap. 32, art. 3], 23 [mod. 1978, chap. 15, art. 140; mod. 1979, chap. 45, art. 150], 31, 32, 34, 45, 46, 52, 58, 62.
Loi sur l'instruction publique, L.R.Q., chap. I-14.
Loi sur les normes du travail, L.R.Q., chap. N-1.1 [auparavant S.Q. 1979, chap. 45], art. 96.

Doctrine citée

Association Henri Capitant. *Vocabulaire juridique*. Publié sous la direction de Gérard Cornu. Paris: P.U.F., 1987.
 Brière, Marc, Robert P. Gagnon et Catherine Saint-Germain. *La transmission de l'entreprise en droit du travail*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1982.
 Capitant, Henri. *Vocabulaire juridique*. Paris: P.U.F., 1936.
 Corniot, S. *Dictionnaire de droit*, t. I. Paris: Dalloz, 1966.
 De Smith, S. A. *Constitutional and Administrative Law*, 4th ed. By Harry Street and Rodney Brazier. Harmondsworth, Eng.: Penguin Books, 1981.
 De Smith, S. A. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. By J. M. Evans. London: Stevens & Sons, 1980.
 De Villargues, Rolland. *Dictionnaire du droit civil, commercial et criminel*, t. 1, 4^e éd. Bruxelles: Meline, Cans et Cie, 1889.
Dictionnaire de droit privé. Comité de rédaction: Paul-A. Crépeau et al. Montréal: Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1985.

- Dion, Gérard. *Dictionnaire canadien des relations du travail*, 2^e éd. Québec: Presses de l'Université Laval, 1986.
- Gagnon, Robert P. *Droit du travail*. Dans Cours de la formation professionnelle du Barreau du Québec 1986-87, vol. 8. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1987.
- Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail*. Québec: Presses de l'Université Laval, 1987.
- Guillien, Raymond et Jean Vincent. *Lexique de termes juridiques*, 5^e éd. Paris: Dalloz, 1981.
- Hébert, Gérard et Gilles Trudeau. *Les normes minimales du travail au Canada et au Québec*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1987.
- Perraud-Charmantier, A. *Petit dictionnaire de droit*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, [1948].
- Québec. Commission des normes du travail. *Loi sur les normes du travail, règlement sur les normes du travail, Loi sur la fête nationale: interprétation et jurisprudence*. Québec: Gouvernement du Québec, Commission des normes du travail, 1986.
- Dion, Gérard. *Dictionnaire canadien des relations du travail*, 2^e éd. Québec: Presses de l'Université Laval, 1986.
- Gagnon, Robert P. *Droit du travail*. Dans Cours de la formation professionnelle du Barreau du Québec 1986-87, vol. 8. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1987.
- Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail*. Québec: Presses de l'Université Laval, 1987.
- Guillien, Raymond et Jean Vincent. *Lexique de termes juridiques*, 5^e éd. Paris: Dalloz, 1981.
- Hébert, Gérard et Gilles Trudeau. *Les normes minimales du travail au Canada et au Québec*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1987.
- Perraud-Charmantier, A. *Petit dictionnaire de droit*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, [1948].
- Québec. Commission des normes du travail. *Loi sur les normes du travail, règlement sur les normes du travail, Loi sur la fête nationale: interprétation et jurisprudence*. Québec: Gouvernement du Québec, Commission des normes du travail, 1986.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal¹, affirming a judgment of the Superior Court, [1982] C.S. 977, authorizing the issuance of a writ of evocation from a decision of the Labour Court, [1982] T.T. 115. Appeal dismissed.

Clément Groleau and Raymond Levasseur, for the appellants.

Gaston Nadeau, for the respondent.

Richard Martel and André Durocher, for the mis en cause Services Ménagers Roy Ltée.

Jean Pomminville, for the mis en cause the Commission scolaire régionale de l'Outaouais.

English version of the judgment of the Court delivered by

BEETZ J.—The interpretation and application of ss. 45 and 46 of the *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, are at issue in this case. These provisions state:

45. The alienation or operation by another in whole or in part of an undertaking otherwise than by judicial sale shall not invalidate any certification granted under this code, any collective agreement or any proceeding for the

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec¹, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1982] C.S. 977, qui avait autorisé la délivrance d'un bref d'évocation à l'encontre d'une décision du Tribunal du travail, [1982] T.T. 115. Pourvoi rejeté.

Clément Groleau and Raymond Levasseur, pour l'appelant.

Gaston Nadeau, pour l'intimée.

Richard Martel et André Durocher, pour la mise en cause Services Ménagers Roy Ltée.

Jean Pomminville, pour la mise en cause la Commission scolaire régionale de l'Outaouais.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE BEETZ—L'interprétation et l'application des art. 45 et 46 du *Code du travail*, L.R.Q., chap. C-27, sont l'objet du litige. Ces dispositions prescrivent:

45. L'aliénation ou la concession totale ou partielle d'une entreprise autrement que par vente en justice n'invalide aucune accréditation accordée en vertu du présent code, aucune convention collective, ni aucune

¹ Mtl. C.A., No. 500-09-001691-823, January 16, 1984.

¹ C.A. Mtl., n° 500-09-001691-823, 16 janvier 1984.

securing of certification or for the making or carrying out of a collective agreement.

The new employer, notwithstanding the division, amalgamation or changed legal structure of the undertaking, shall be bound by the certification or collective agreement as if he were named therein and shall become *ipso facto* a party to any proceeding relating thereto, in the place and stead of the former employer.

46. An [sic] labour commissioner may make any order deemed necessary to record the transfer of rights and obligations provided for in section 45 and settle any difficulty arising out of the application thereof.

The main question is whether s. 45 applies to the case of two "subcontractors" who succeeded each other under two "subcontracting" contracts awarded to them by the same principal, without there being any legal relation between the two "subcontractors". The question is bound up with the concept of an undertaking, which is at the heart of this provision, as well as with the identification of the undertaking in the case at bar. The issue has been disputed in Quebec for many years.

The Court must also decide whether the question is jurisdictional in nature.

I—Proceedings and Facts

The respondent (the *F.T.Q. Union*) asked the Superior Court to issue a writ of evocation against a majority decision of the Labour Court affirming a decision of labour commissioner Réal Bibeault. The writ sought was also directed against the decision of the labour commissioner. At this stage of the proceedings, the allegations of fact made in the motion in evocation are taken as proven. Briefly stated, the facts are as follows:

The mis en cause Commission scolaire régionale de l'Outaouais (the *C.S.R.O.*) has always hired subcontractors to clean six of the schools mentioned in the motion for evocation. (The labour commissioner and the Labour Court also discussed other schools mentioned in related cases, but these other cases were not the subject of dispute in the Superior Court, the Court of Appeal or this Court.)

The contracts for janitorial services are awarded for each school annually through calls for tenders

procédure en vue de l'obtention d'une accréditation ou de la conclusion ou de l'exécution d'une convention collective.

Sans égard à la division, à la fusion ou au changement de structure juridique de l'entreprise, le nouvel employeur est lié par l'accréditation ou la convention collective comme s'il y était nommé et devient par le fait même partie à toute procédure s'y rapportant, aux lieu et place de l'employeur précédent.

46. Un commissaire du travail peut rendre toute ordonnance jugée nécessaire pour constater la transmission de droits et d'obligations visée à l'art. 45 et régler toute difficulté découlant de l'application dudit article.

Il s'agit principalement de décider si l'art. 45 vise le cas de deux «sous-traitants» qui se succèdent l'un à l'autre en vertu de deux contrats de «sous-traitance» que leur consent un même auteur, sans qu'il y ait de lien de droit entre les deux «sous-traitants». La question est reliée au concept de l'entreprise qui se trouve au cœur de cette disposition ainsi qu'à l'identité de l'entreprise en l'espèce. Le sujet est controversé depuis plusieurs années au Québec.

Il faut également décider si la question est d'ordre juridictionnel.

I—Les procédures et les faits

L'intimée (l'*Union F.T.Q.*), demande à la Cour supérieure l'émission d'un bref d'évocation à l'encontre d'une décision majoritaire du Tribunal du travail confirmant une décision du commissaire du travail, Réal Bibeault. Le bref demandé vise également la décision du commissaire du travail. À ce stade des procédures, les allégations de fait de la requête en évocation sont tenues pour avérées. En voici l'essentiel.

La mise en cause, la Commission scolaire régionale de l'Outaouais (la *C.S.R.O.*), a toujours eu recours à des sous-traitants pour l'entretien ménager de six écoles mentionnées à la requête en évocation. (Le commissaire du travail et le Tribunal du travail discutent en outre d'autres écoles mentionnées dans des dossiers connexes, mais il n'est plus question de ces autres dossiers en Cour supérieure, en Cour d'appel ni en cette Cour.)

Les contrats d'entretien sont accordés annuellement pour chaque école au moyen d'appels d'offres

and are generally in effect from July 1 to June 30 of the following year.

The contracts for janitorial services for the schools in question were awarded in 1979 to the mis en cause MBD Conciergeries Limitée (*MBD*) and Entreprises Netco Inc. (*Netco*).

At the time, appellant (the *C.S.N. Union*) held four certificates of certification for the *Netco* employees working at four of the schools, and two certificates covering the *MBD* employees working at the other two schools.

On December 9, 1979, the *Netco* and *MBD* employees began a legal strike.

As a consequence of this strike, the *C.S.R.O.* legally terminated the contracts awarded to *Netco* and *MBD* and, on January 24, 1980, after calls for tenders, awarded contracts for janitorial services in the six schools to the mis en cause Services Ménagers Roy Limitée (*Services Ménagers Roy*), which with its employees began to perform the contract.

The three mis en cause *Services Ménagers Roy*, *MBD* and *Netco* are three separate corporations operating separate undertakings, and compete to obtain contracts for janitorial services offered by public institutions and commercial undertakings.

The mis en cause *Services Ménagers Roy* is an undertaking specializing in janitorial services, and it does business in various parts of Quebec.

No contract or transaction of any kind was entered into between the mis en cause *Services Ménagers Roy*, *MBD* and *Netco* in respect of the janitorial work at the six schools, and it was admitted that no legal relation existed between them.

On February 5, 1980, the *F.T.Q. Union* filed an application for certification covering the employees of *Services Ménagers Roy* working in the Outaouais area. At that time, the *F.T.Q. Union* included among its members in good standing nearly all the employees of *Services Ménagers Roy* working in the Outaouais area.

et ils sont généralement en vigueur du 1^{er} juillet au 30 juin de l'année suivante.

En 1979, les contrats d'entretien pour les écoles en question sont accordés aux mises en cause MBD Conciergeries Limitée (*MBD*) et Entreprises Netco Inc. (*Netco*).

À l'époque, l'appellant (le *Syndicat C.S.N.*), détient quatre certificats d'accréditation visant les salariés de *Netco* affectés à l'entretien d'autant d'écoles; et deux certificats visant les salariés de *MBD* affectés à l'entretien des deux autres écoles.

Le 9 décembre 1979, les salariés de *Netco* et de *MBD* déclenchent une grève légale.

Suite à cette grève, la *C.S.R.O.* résilie légalement les contrats accordés à *Netco* et à *MBD* et, le 24 janvier 1980, après appels d'offres, confie par contrat l'entretien des six écoles à la mise en cause Services Ménagers Roy Limitée (*Services Ménagers Roy*), qui en entreprend l'exécution avec ses salariés.

Les trois mises en cause *Services Ménagers Roy*, *MBD* et *Netco* sont trois corporations distinctes exploitant des entreprises distinctes et qui sont en concurrence pour l'obtention de contrats d'entretien ménager offerts par les institutions publiques et les entreprises commerciales.

La mise en cause *Services Ménagers Roy* est une entreprise spécialisée dans l'entretien ménager et elle fait affaire dans diverses régions du Québec.

Relativement à l'entretien des six écoles, aucun contrat, ni aucune transaction de quelque nature que ce soit n'est intervenu entre les mises en cause *Services Ménagers Roy*, *MBD* et *Netco* et il est admis qu'aucun lien juridique n'a existé entre elles.

Le 5 février 1980, l'*Union F.T.Q.* dépose une requête en accréditation qui vise les salariés des *Services Ménagers Roy* travaillant dans la région de l'Outaouais. À ce moment, l'*Union F.T.Q.* compte comme membres en règle la presque totalité des salariés des *Services Ménagers Roy* travaillant dans la région de l'Outaouais.

At about the same time, the *C.S.N. Union* filed applications with the labour commissioner general citing ss. 45 and 46 of the *Labour Code*, seeking to have the transfer of the rights and obligations of *MBD* and *Netco* to *Services Ménagers Roy* recorded pursuant to those sections and so defeat the application of the *F.T.Q. Union* for certification.

On April 29, 1981, labour commissioner Réal Bibeault granted the *C.S.N. Union* applications; he recorded the transfer of the rights and obligations of *MBD* or *Netco*, as the case might be, to *Services Ménagers Roy* and declared that *Services Ménagers Roy* was bound by the certification of *MBD* or *Netco*, and by the legal strike, and that it became a party to any resulting proceeding in the place and stead of *MBD* or *Netco*, as if it had been named therein.

On the same day labour commissioner Réal Bibeault dismissed the *F.T.Q. Union's* application for certification because of his previous decision. In view of the transfer of the rights and obligations of *MBD* and *Netco* to *Services Ménagers Roy*, a legal strike was in progress at the latter's premises and the application for certification was outside the time limits specified by ss. 22 and 58 of the *Labour Code*.

These decisions were appealed to the Labour Court, and were upheld by a majority of that court: *Services Ménagers Roy Ltée v. Syndicat national des employés de la Commission scolaire régionale de l'Outaouais (C.S.N.)*, [1982] T.T. 115.

On March 9, 1982, the *F.T.Q. Union* filed in the Superior Court the motion for evocation referred to above against the decisions of commissioner Réal Bibeault and the Labour Court.

On November 5, 1982, Louis-Philippe Landry J. allowed the motion for evocation: *Union des employés de service, local 298 (F.T.Q.) v. Bibeault*, [1982] C.S. 977.

On January 16, 1984, Beauregard, McCarthy and Malouf J.J.A. of the Quebec Court of Appeal affirmed the Superior Court judgment.

Vers la même époque, le *Syndicat C.S.N.* dépose chez le commissaire général du travail des requêtes invoquant les art. 45 et 46 du *Code du travail* afin de faire constater la transmission des droits et obligations de *MBD* et *Netco* à *Services Ménagers Roy* et faire ainsi échec à la requête en accréditation de l'*Union F.T.Q.*

Le 29 avril 1981, le commissaire du travail Réal Bibeault accueille les requêtes du *Syndicat C.S.N.*; il constate la transmission des droits et obligations de *MBD* ou de *Netco*, selon le cas, à *Services Ménagers Roy* et il déclare que *Services Ménagers Roy* est liée par l'accréditation de *MBD* ou de *Netco*, ainsi que par la grève légale, et qu'elle devient partie à toute procédure en découlant aux lieu et place de *MBD* ou de *Netco* comme si elle y était nommée.

Le même jour, le commissaire du travail Réal Bibeault rejette la requête en accréditation de l'*Union F.T.Q.* à cause de sa décision précédente. Vu la transmission des droits et obligations de *MBD* ou de *Netco* à *Services Ménagers Roy*, une grève légale est en cours chez cette dernière, et la requête en accréditation se trouve en dehors des délais prévus par les art. 22 et 58 du *Code du travail*.

Ces décisions sont portées en appel devant le Tribunal du travail qui les confirme par un jugement majoritaire: *Services Ménagers Roy Ltée c. Syndicat national des employés de la Commission scolaire régionale de l'Outaouais (C.S.N.)*, [1982] T.T. 115.

Le 9 mars 1982, l'*Union F.T.Q.* adresse à la Cour supérieure la requête en évocation dont il est question plus haut à l'encontre des décisions du commissaire Réal Bibeault et du Tribunal du travail.

Le 5 novembre 1982, le juge Louis-Philippe Landry fait droit à la requête en évocation: *Union des employés de service, local 298 (F.T.Q.) c. Bibeault*, [1982] C.S. 977.

Le 16 janvier 1984, les juges Beauregard, McCarthy et Malouf de la Cour d'appel du Québec confirment le jugement de la Cour supérieure.

Hence the appeal with leave of this Court.

II—The Decisions of the Labour Commissioner, the Labour Court and the Courts Below

Before turning to these decisions it will be helpful to review the origins of ss. 45 and 46 of the *Labour Code* and their interpretation during the period leading up to the Labour Court's decision in the case at bar.

1. *The Origins of ss. 45 and 46 and the History of Their Interpretation*

Chouinard J., speaking for this Court, explained the origins of ss. 45 and 46 of the *Labour Code* in *Adam v. Daniel Roy Ltée*, [1983] 1 S.C.R. 683. The sections in question were numbered 36 and 37 at that time. Chouinard J. wrote the following at pp. 688-89:

Section 36 was adopted in 1961 by 9-10 Eliz. II, c. 73, as s. 10a of the *Labour Relations Act*, R.S.Q. 1941, c. 162A, which the *Labour Code* replaced. Its primary purpose was to alter the situation created by the decision of the Court of Appeal in *Brown, Syndicat national des travailleurs de la pulpe et du papier de La Tuque Inc. v. Commission des relations ouvrières de la Province de Québec*, [1958] Que. Q.B. 1.

The union had been certified to represent the employees of Brown Corporation at the La Tuque mill, and a collective agreement had been concluded for a period of three years. Shortly after signing this agreement, Brown Corporation sold its mill to Canadian International Paper Co.

The union applied to the Labour Relations Board to have its certification amended, substituting for Brown Corporation the name of Canadian International Paper Co., which under the contract of sale had assumed responsibility for the collective agreement.

The Board initially allowed the union's request, but subsequently, at the request of a rival association, it revised its decision and cancelled the union's certification. Although it did not say so, the Board appears to have based its decision on the principle of relativity of contracts contained in art. 1023 C.C.:

1023. Contracts have effect only between the contracting parties; they cannot affect third persons, except in the cases provided in the articles of the fifth section of this chapter.

D'où le pourvoi, sur autorisation de cette Cour.

II—Les décisions du commissaire du travail, du Tribunal du travail et des cours d'instance inférieure

Il est utile, avant d'arriver à ces décisions, de résumer la genèse des art. 45 et 46 du *Code du travail* et l'historique de leur interprétation durant la période qui a précédé la décision du Tribunal du travail en l'espèce.

1. *Genèse des art. 45 et 46 et historique de leur interprétation*

Le juge Chouinard parlant pour cette Cour a expliqué la genèse des art. 45 et 46 du *Code du travail* dans *Adam c. Daniel Roy Ltée*, [1983] 1 R.C.S. 683. À cette époque, les articles en question portaient les numéros 36 et 37. Voici ce qu'écrivit le juge Chouinard aux pp. 688 et 689:

L'article 36 a été adopté en 1961 par la Loi 9-10 Eliz. II, chap. 73, comme art. 10a de la *Loi des relations ouvrières*, S.R.Q. 1941, chap. 162A, que le *Code du travail* a remplacée. L'objet premier était de modifier la situation créée par l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Brown, Syndicat national des travailleurs de la pulpe et du papier de La Tuque Inc. c. Commission des relations ouvrières de la Province de Québec*, [1958] B.R. 1.

Le syndicat était accrédité pour représenter les salariés de Brown Corporation au moulin de La Tuque et une convention collective avait été conclue pour une période de trois ans. Peu après la signature de cette convention, Brown Corporation vendit son moulin à Canadian International Paper Co.

Le syndicat s'adressa à la Commission des relations ouvrières pour faire modifier son certificat d'accréditation en y substituant à Brown Corporation le nom de Canadian International Paper Co. qui, par le contrat de vente, avait pris en charge la convention collective.

En un premier temps la Commission accorda la demande du syndicat, mais par la suite, à la requête d'une association rivale, elle revisa sa décision et annula l'accréditation du syndicat. Bien qu'elle ne l'exprime pas de cette façon, la Commission paraît en somme avoir fondé sa décision sur le principe de la relativité des contrats découlant de l'art. 1023 C.c.:

1023. Les contrats n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; ils n'en ont point quant aux tiers, excepté dans les cas auxquels il est pourvu dans la cinquième section de ce chapitre.

The certification had lapsed as a result of the sale of the mill.

By a majority of four to three, the Court of Appeal affirmed the judgment of the Superior Court, which quashed the writ of prohibition issued against this decision of the Board.

In *Centrale de chauffage Enr. v. Syndicat des employés des institutions religieuses de Chicoutimi Inc. et l'Hôpital de Chicoutimi*, [1970] R.D.T. 344, Donat Quimper A.C.J. of the Labour Court explained, at pp. 347-48, the reasons justifying adoption of this article and the intent of the legislator:

[TRANSLATION] In the years that followed adoption of the *Labour Relations Act* in 1944, it became apparent that certain transfers of ownership and work transfers had the effect of impeding the normal exercise of the right of association. In the case of a sale, unless there was an agreement to the contrary the buyer had no obligation either to the employees or to their association. The certification or collective agreement binding on the former owner ceased to apply.

Similarly, the practice of certain employers of giving work which was usually done in their own establishments to third parties to do could interfere with an application for certification if the transaction was accompanied by layoffs, and, in some cases, deprive the employees transferred to the service of the subcontractor of the benefits of an existing or future agreement. Here again, the certification or agreement was effective only with regard to the principal employer.

These are the two (2) situations which the legislator sought to remedy by enacting the first paragraph of section 10a. By that provision, he sought to protect the right of representation of the association and to maintain working conditions, whatever the fortunes of the business, apart from a judicial sale. He did this by, first, linking the certification and the collective agreement no longer to the person of the employer but to the business. It followed that henceforth the certification and collective agreement were part of the business. In the case of a sale, the buyer became bound by both the certification and the agreement. He succeeded to the rights and duties of the seller toward his former employees and the association.

The application of these new provisions encountered problems and is still the subject of controversy over twenty years after their adoption.

En conséquence le certificat de reconnaissance syndicale était devenu caduc par l'effet de la vente du moulin.

À la majorité de quatre contre trois, la Cour d'appel confirma le jugement de la Cour supérieure qui avait cassé le bref de prohibition émis à l'encontre de cette décision de la Commission.

Dans *Centrale de chauffage Enr. c. Syndicat des employés des institutions religieuses de Chicoutimi Inc. et l'Hôpital de Chicoutimi*, [1970] R.D.T. 344, le juge en chef adjoint Donat Quimper du Tribunal du travail explique, aux pp. 347 et 348, les raisons qui ont justifié l'adoption de cet article et l'intention du législateur:

Au cours des années qui ont suivi l'adoption de la *Loi sur les relations ouvrières* en 1944, il est apparu que certains transferts de propriété et transferts d'ouvrage avaient pour effet de faire échec à l'exercice normal du droit d'association. En cas de vente, l'acheteur, à moins de convention au contraire, n'avait aucune obligation ni envers les salariés ni envers leur association. L'accréditation ou la convention collective qui liait l'ancien propriétaire perdait son effet.

De même, la pratique de certains employeurs de confier à des tiers l'exécution de travaux qui étaient habituellement effectués dans leur propre établissement pouvait faire obstacle à une demande d'accréditation si la transaction s'accompagnait de mise à pied et priver, le cas échéant, les employés transférés au service du sous-traitant des avantages de la convention existante ou à intervenir. Encore ici, l'accréditation ou la convention n'avait d'effet qu'à l'égard de l'employeur principal.

Ce sont là les deux (2) situations auxquelles le législateur a voulu porter remède en édictant le 1^{er} alinéa de l'article 10a. Il a voulu, par cette disposition, protéger le droit de représentation de l'association et le maintien des conditions de travail, quelles que soient les vicissitudes de l'entreprise, sauf le cas de vente en justice. Il l'a fait en attachant, d'abord, l'accréditation et la convention collective non plus à la personne de l'employeur mais à l'entreprise. Il s'ensuit qu'accréditation et convention collective font désormais partie de l'entreprise. En cas de vente, l'acquéreur devient lié et par l'accréditation et par la convention. Il succède aux droits et aux obligations du vendeur envers ses anciens salariés et envers l'association.

L'application de ces dispositions nouvelles n'a pas été sans difficulté et fait encore l'objet de controverses plus de vingt ans après leur adoption.

As Robert P. Gagnon, Louis LeBel and Pierre Verge observe in *Droit du travail* (1987), at p. 332:

[TRANSLATION] The first paragraph of s. 45 contemplates the two types of situation the legislator clearly had in mind in enacting this provision, namely the alienation or operation by another of an undertaking. Alienation or operation by another, whether total or partial, will not invalidate certification, and the rights and obligations pertaining thereto will be transferred to the new employer.

The circumstances in which s. 45 applies to these two relatively straightforward types of situations generally do not present any great difficulty.

However, the matter appears to become more complicated in situations such as that which arises where the original employer resumes operation of the part of the undertaking he had granted to a third party: *Martinique Motor Inn Ltd. v. Union des employés d'hôtel, motel et club*, [1973] T.T. 151; it also seems to be complicated in situations like the one at bar in which one contractor loses his contract to another with whom he has no connection.

The disputes referred to by Chouinard J. are very well described by Catherine Saint-Germain, "Historique de la situation avant le jugement Commission scolaire régionale de l'Outaouais", in M. Brière, R. P. Gagnon and C. Saint-Germain, *La transmission de l'entreprise en droit du travail* (1982), at pp. 2 to 11.

The evolution of and the contradictions in the decisions of the Labour Court may be divided into two major periods.

The first period begins with the adoption in 1961 of the provision that would become s. 45 of the *Labour Code*, and ends in 1975 with *Jack Schwartz Service Station v. Teamsters Local Union 900*, [1975] T.T. 125.

During this first period the Court rendered judgments such as *Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida Inc. v. J.R. Théberge Ltée*, [1965] R.D.T. 449; *Centrale de Chauffage Enr. v. Syndicat des employés des institutions religieuses de Chicoutimi Inc.*, [1970] T.T. 236;

Comme l'écrivent les auteurs Robert P. Gagnon, Louis LeBel et Pierre Verge dans *Droit du travail* (1987), à la p. 332:

Le premier alinéa de l'article 45 envisage les deux types de situations que le législateur avait manifestement d'abord à l'esprit en édictant cette disposition, c'est-à-dire l'aliénation ou la concession d'une entreprise. L'aliénation ou la concession, qu'elle soit totale ou partielle, n'invalidera pas l'accréditation, et les droits et obligations qui s'y rattachent se transmettront au nouvel employeur.

Les conditions d'application de l'art. 45 à ces deux types de situations relativement simples ne posent généralement pas de difficulté majeure.

Les choses paraissent se compliquer cependant dans des situations telles le cas de rétrocession où, à l'expiration d'une concession, l'employeur originaire reprend l'exploitation de la partie de l'entreprise qu'il avait concédée à un tiers: *Martinique Motor Inn Ltd. c. Union des employés d'hôtel, motel et club*, [1973] T.T. 151; elles paraissent se compliquer également dans des situations comme celles de l'espèce où un entrepreneur perd son contrat au profit d'un autre entrepreneur avec lequel il n'a aucune relation.

Les controverses auxquelles réfère le juge Chouinard sont fort bien décrites par M^e Catherine Saint-Germain, «Historique de la situation avant le jugement Commission scolaire régionale de l'Outaouais», dans M. Brière, R. P. Gagnon et C. Saint-Germain, *La transmission de l'entreprise en droit du travail* (1982), aux pp. 2 à 11.

On pourrait diviser en deux grandes périodes l'évolution et les contradictions de la jurisprudence du Tribunal du travail.

La première période commencerait avec l'adoption, en 1961, de la disposition qui allait devenir l'art. 45 du *Code du travail* pour se terminer en 1975 avec l'affaire *Jack Schwartz Service Station c. Teamsters Local Union 900*, [1975] T.T. 125.

Durant cette première période, furent rendus des jugements comme *Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida Inc. c. J.R. Théberge Ltée*, [1965] R.D.T. 449; *Centrale de Chauffage Enr. c. Syndicat des employés des institutions religieuses de Chicoutimi Inc.*, [1970]

Syndicat national des concierges des commissions scolaires des comtés de Richelieu, Verchères et Yamaska (CSN) v. For-Net Inc., [1971] T.T. 146, the facts in which are similar to those in the case at bar; *Union des employés de service d'édifices, local 298—F.T.Q. v. Syndicat des employés de soutien de maisons d'enseignement de la Régionale Le Gardeur (CSN)*, [1971] T.T. 203, which also has points of similarity with those in the case at bar; *Martinique, supra*; *Canadian Kenworth Ltd. v. Syndicat international des travailleurs unis de l'automobile, de l'aéronautique, de l'astronautique et des instruments aratoires d'Amérique, local 1146*, [1975] T.T. 168.

Catherine Saint-Germain summarizes these judgments rendered in the first period as follows, *loc. cit.*, at p. 6:

[TRANSLATION] Thus, these first decisions of the Labour Court laid down two major principles governing the interpretation to be given to s. 45 of the Code:

—an undertaking is defined as functions, activities covered by a certification or a collective agreement; the identity of the employees carrying out these duties, the transfer of the equipment used and so on . . . are not determining factors in the transfer of the undertaking: operation by another of the undertaking thus exists when work covered by a certification is placed in the hands of a third party;

—The new employer must have received a right from the previous employer in as much as operation by another implies a meeting of minds. In order for the certification or agreement to follow the undertaking as provided in s. 45 of the Labour Code, there must be a finding of a consensual transaction between the original and the new employer.

However, these principles were placed in doubt by several later decisions of the Court. Neither the theory of the undertaking as a functional reality nor the *legal relation theory* received unanimous judicial support.

The Labour Court judgments rendered during the second period, which immediately precedes the judgment in the case at bar, are summarized in part by Catherine Saint-Germain, *loc. cit.*, at pp. 6 to 8:

[TRANSLATION] Undoubtedly the greatest disruption of established precedent resulted from the judgment of

T.T. 236; *Syndicat national des concierges des commissions scolaires des comtés de Richelieu, Verchères et Yamaska (CSN) c. For-Net Inc.*, [1971] T.T. 146, dont les faits ressemblent à ceux de l'espèce; *Union des employés de service d'édifices, local 298—F.T.Q. c. Syndicat des employés de soutien de maisons d'enseignement de la Régionale Le Gardeur (CSN)*, [1971] T.T. 203, qui comporte également des ressemblances avec ceux de l'espèce; l'affaire *Martinique*, précitée; *Canadian Kenworth Ltd. c. Syndicat international des travailleurs unis de l'automobile, de l'aéronautique, de l'astronautique et des instruments aratoires d'Amérique, local 1146*, [1975] T.T. 168.

Voici comment M^e Catherine Saint-Germain résume ces jugements de la première période, *loc. cit.*, à la p. 6:

Ces premières décisions du Tribunal du travail ont donc posé deux grands principes quant à l'interprétation à donner à l'article 45 du Code:

—l'entreprise se définit comme des fonctions, des activités couvertes par une accréditation ou une convention collective, l'identité des salariés accomplissant ces tâches, la cession de l'équipement utilisé, etc . . . ne sont pas des éléments déterminants de la transmission d'entreprise. Dès lors, il y a concession d'entreprise lorsqu'un travail couvert par une accréditation est confié à un tiers.

—Le nouvel employeur doit être l'*ayant cause* du précédent, en ce sens qu'une concession implique une rencontre de volontés d'un employeur cédant et d'un employeur cessionnaire. Pour que l'accréditation ou la convention jouissent du droit de suite énoncé à l'article 45 du Code du travail, le constat d'un acte de volonté entre l'employeur originaire et le nouvel employeur est essentiel.

Cependant, ces principes furent ébranlés par plusieurs décisions subséquentes du tribunal. Ni la théorie de l'entreprise comme réalité fonctionnelle, ni la théorie dite du *lien de droit* ne surent rallier l'unanimité des juges.

Les jugements du Tribunal du travail rendus pendant la seconde période, et qui précèdent immédiatement le jugement dont il est question en l'espèce, sont résumés en partie comme suit par M^e Catherine Saint-Germain, *loc. cit.*, aux pp. 6 à 8:

Le plus grand bouleversement sans doute subi par la jurisprudence résulta du jugement du juge en chef

Chief Judge Geoffroy in *Jack Schwartz Service Station v. Teamsters Local 900*, [1975] T.T. 125. Briefly, the facts were as follows: the Texaco company leased a service station to various operators in turn. With each lease the new employer hired new employees, but the contracts between Texaco and the tenants were identical; could the certification issued with respect to one of the tenants be transferred pursuant to s. 45 so as to apply to a subsequent operator?

Established precedent had traditionally answered this question in the negative, because of the lack of any direct connection between the various operators. In recording the transfer of the certification under s. 45, Chief Judge Geoffroy rejected the traditional approach and found that there does not have to be any legal relation between successive employers for this section to apply . . .

For the definition of an undertaking, Chief Judge Geoffroy adopted the principle of the undertaking as a group of functions already developed in *Théberge, Centrale de chauffage* . . . if the work carried out by various operators is the same, the undertaking is transferred even if new employees are hired by each new operator . . .

Schwartz upset the established precedents of the Court on s. 45 of the Code, and the Court has remained divided since then. Some judges have accepted *Schwartz* and others have declined to do so.

In *Services Ménagers Bordeaux* (1980), 3 Can. L.R.B. 43; [1980] T.T. 233, Judge Burns adopted the thesis put forward in *Schwartz* . . . [T]he question was whether the certification and the agreement issued in respect of a subcontractor for janitorial services should be transferred when the school board terminated the contract and awarded it to another subcontractor. Adopting *Schwartz*, Judge Burns answered in the affirmative.

Judge Morin, for his part, confirmed the requirement of a relation between the previous and the new employer in *Syndicat des employés de l'imprimerie de la région de l'amiante (CSN) v. Imprimerie Roy et Laliberté Inc.*, [1980] T.T. 503, although he added certain nuances to the rule. In his view, there must be a legal relation between the parties for s. 45 to apply, but this relation need not be contractual or direct. At page 507, he wrote:

Geoffroy dans l'affaire *Jack Schwartz Service Station c. Teamsters Local 900*, [1975] T.T. 125. Brièvement, les faits étaient les suivants: la compagnie Texaco louait une station-service successivement à différents concessionnaires. À chaque location, le nouvel employeur embauchait de nouveaux salariés, mais les contrats entre Texaco et les locataires étaient identiques; l'accréditation émise envers un des locataires pouvait-elle, en vertu de l'article 45, être transférée pour s'appliquer à l'égard d'un concessionnaire subséquent?

La jurisprudence traditionnelle aurait répondu négativement à cette question, en raison de l'absence de lien immédiat entre les différents concessionnaires. En constatant le droit de suite de l'accréditation selon l'article 45, le juge Geoffroy rejette l'approche traditionnelle et statue qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait un lien de droit entre les employeurs successifs pour que cet article s'applique . . .

Quant à la définition de l'entreprise, le juge Geoffroy se rallie à la thèse de l'entreprise-fonctions déjà élaborée dans les affaires *Théberge, Centrale de chauffage* [. . .]: si le travail effectué par les différents concessionnaires est le même, il y a transmission d'entreprise, même si lors de chaque nouvelle concession de nouveaux salariés sont embauchés:

L'affaire *Schwartz* a ébranlé la jurisprudence du Tribunal se rapportant à l'article 45 du Code et le Tribunal est depuis demeuré divisé. Certains juges se sont ralliés à *Schwartz*, d'autres s'y sont refusés.

Dans la cause *Services Ménagers Bordeaux* (1980), 3 Can. L.R.B. 43; [1980] T.T. 233, le juge Burns se fait partisan de la thèse énoncée dans *Schwartz*. [. . . II] s'agissait de déterminer si l'accréditation et la convention émises à l'endroit d'un sous-traitant en entretien ménager devaient être transmises lorsque la Commission scolaire résiliait le contrat pour l'accorder à un autre sous-traitant. Se ralliant à *Schwartz*, le juge Burns répond affirmativement.

Le juge Morin, pour sa part, confirme en la nuanciant la règle de la nécessité d'un lien dans *Syndicat des employés de l'imprimerie de la région de l'amiante (CSN) c. Imprimerie Roy et Laliberté Inc.*, [1980] T.T. 503. Selon lui, il faut qu'il y ait un lien pour que s'applique l'art. 45, mais il n'est pas nécessaire que ce lien soit contractuel, direct ou immédiat. À la p. 507, il écrit:

[TRANSLATION] This relation is not severed by the fact that there is an intermediary. For my part, I agree that there must be a relation, but the relation is not necessarily a nominate contract within the meaning of the Civil Code between the old and the new employers.

Judge Morin reiterated this position in the case at bar.

Other judges of the Labour Court, like Judge Girouard, continued to impose the traditional requirement of a direct transfer between the old and the new employers. For Judge Girouard, the transfer of an undertaking is:

[TRANSLATION] ... the finding of an intent (hence the exception of a judicial sale) and an act by which that employer divests himself of an undertaking that had been assumed by him and places it in the hands of, or "passes" it to, the other employer.

See in this regard: *Syndicat des salariés de service d'entretien (C.S.D.) v. Montcalm Carpets Specialists Ltd.*, [1981] T.T. 273, and *Entrepôts Schenker Ltée v. Travailleurs canadiens de l'Alimentation et d'autres industries, local P-766*, [1981] T.T. 420.

Moreover, the judges who continue to hold to the traditional view with respect to the requirement of a legal relation have a concept of the undertaking which differs from that originally developed in *Théberge* and *Centrale de Chauffage, supra*, and which paradoxically appears to favour the departure made in *Schwartz, supra*, regarding the absence of any requirement of a legal relation between the old and new employers. On this point, Catherine Saint-Germain describes a position such as that taken by Judge Girouard as follows, *loc. cit.*, at p. 9:

[TRANSLATION] This concept of the transfer of an undertaking is based on a quite different view of the undertaking from that adopted by Judge Lespérance and Associate Chief Judge Quimper in *Théberge* and *La Centrale de Chauffage* (that is, an undertaking viewed simply as a group of functions covered by the certificate of certification). Judge Girouard sees the undertaking as an organic reality, as an entire productive entity containing human, physical and intellectual components, namely employees, equipment, a purpose, work premises and so on ...

Qu'il y ait un intermédiaire ne fait pas disparaître ce lien. Quant à moi, je suis d'accord qu'il faille un lien mais ce lien n'est pas nécessairement un contrat nommé au sens du Code civil entre l'ancien et le nouvel employeur.

Le juge Morin reprendra cette thèse en l'espèce.

D'autres juges du Tribunal du travail, comme le juge Girouard, persistent dans l'exigence traditionnelle d'un transfert direct entre l'ancien et le nouvel employeur. Pour le juge Girouard, la transmission d'entreprise est:

... le constat d'une volonté (d'où l'exception de la vente en justice) et d'un geste par lequel cet employeur se départit d'une entreprise déjà assumée par lui-même pour la confier ou la «passer» à cet autre employeur.

Voir à ce sujet: *Syndicat des salariés de service d'entretien (C.S.D.) c. Montcalm Carpets Specialists Ltd.*, [1981] T.T. 273, et *Entrepôts Schenker Ltée c. Travailleurs canadiens de l'Alimentation et d'autres industries, local P-766*, [1981] T.T. 420.

Par ailleurs, les juges qui persistent dans la position traditionnelle quant à la nécessité d'un lien de droit, ont de l'entreprise un concept différent de celui qui paraît avoir été retenu à l'origine dans les affaires *Théberge* et *Centrale de Chauffage*, précitées, et qui, paradoxalement, semble favoriser le virage effectué dans l'affaire *Schwartz*, précitée, à propos de l'absence de nécessité d'un lien de droit entre l'ancien et le nouvel employeur. Voici comment M^e Catherine Saint-Germain décrit sur ce point une position comme celle du juge Girouard, *loc. cit.*, à la p. 9:

Cette conception du transfert d'entreprise s'appuie sur une notion de l'entreprise tout à fait différente de celle qui avait été échafaudée par les juges Lespérance et Quimper dans les affaires *Théberge* et *La Centrale de Chauffage* (soit une entreprise envisagée uniquement comme étant l'ensemble des fonctions couvertes par le certificat d'accréditation). Le juge Girouard conçoit l'entreprise comme une réalité organique, comme toute une organisation de production comprenant des éléments humains, physiques et intellectuels, soit des salariés, de l'équipement, une finalité, des lieux de travail, etc. ...

Catherine Saint-Germain cites the following passage from the judgment of Judge Girouard in *Entrepôts Schenker, supra*:

[TRANSLATION] These tasks, duties, positions, or activities should not be isolated from the rest of the undertaking and then used as a basis for concluding that they alone constitute the undertaking; that amounts to a confusion of the organized whole with one or more of its components. It is through this confusion that one arrives at the conclusion, which I consider mistaken, that the effect of the certification is to confer a monopolistic exclusivity over the duties or positions . . .

Catherine Saint-Germain concludes in part as follows regarding the contradictions in decisions of the Labour Court before the judgment rendered in the case at bar, *loc. cit.*, at pp. 9-10:

[TRANSLATION] We find that the decisions of the Labour Court have produced several interpretations of this provision, none of which has so far been unanimously accepted by the judges; . . . [in the opinion of certain judges] it should only apply to situations in which the undertaking, as an *organized whole*, a specific entity containing various components, is transferred to a new employer and an immediate and direct consensual transaction can be said to have taken place between this new employer and the employer who transfers the undertaking.

In opposition to this thesis is the theory originating in *Schwartz*: the undertaking is to be seen in the context of certification, that is as a group of functions covered by the certification certificate, and a transfer of the undertaking or its operations must be found to exist each time a new employer exercises authority over these certified duties, even where there is no legal relation between the successive employers.

In an attempt to resolve these contradictions in the case at bar, the Labour Court adopted the suggestion of the parties that the full bench of eleven judges should sit. As we shall see, despite the existence of a clear majority on the conclusions, this attempt had only limited success in terms of stating principles and clarifying concepts.

The parties did not discuss the propriety of the exceptional procedure followed by the Labour Court of sitting with a full bench. I express no opinion on this point.

Et M^e Catherine Saint-Germain cite l'extrait suivant du jugement du juge Girouard dans l'affaire *Entrepôts Schenker*, précitée:

Il ne s'agit pas de voir ces seules tâches, ces seules fonctions, seules occupations ou seules activités dans leur unique individualité pour conclure [...] à l'entreprise, autrement, c'est confondre l'ensemble organisé avec l'un ou l'autre de ses éléments. C'est ainsi que survient la conclusion, erronée à mon sens, de devoir considérer l'effet d'une accréditation comme l'attribution d'une exclusivité monopolistique sur des fonctions, occupations . . .

M^e Catherine Saint-Germain conclut en partie comme suit sur les contradictions de la jurisprudence du Tribunal du travail avant le jugement rendu en l'espèce, *loc. cit.*, aux pp. 9 et 10:

On constate que la jurisprudence du Tribunal du travail a engendré plusieurs interprétations de cette disposition, dont aucune, jusqu'à présent, n'a su rallier l'unanimité des juges; [...] selon certains juges] les cas d'application doivent être limités aux situations où l'entreprise, en tant qu'*ensemble organisé*, entité propre comprenant divers éléments, est transférée à un nouvel employeur et entre ce nouvel employeur et l'employeur cédant, on puisse constater un acte consensuel immédiat et direct.

À l'opposé de cette thèse, se situe la théorie qui a sa source dans l'arrêt *Schwartz*: l'entreprise doit être conçue dans le contexte de l'accréditation, c'est-à-dire comme un ensemble de fonctions visées par le certificat d'accréditation et il faut constater une concession d'entreprise chaque fois qu'un nouvel employeur exerce une autorité sur ces fonctions accréditées, même sans lien de droit entre les employeurs successifs.

C'est pour tenter de résoudre ces contradictions qu'en l'espèce le Tribunal du travail a donné suite à la suggestion des parties de siéger en banc complet de ses onze juges. Comme nous le verrons, malgré la présence d'une majorité nette quant au dispositif, le succès de cette tentative a été mitigé au plan de l'affirmation des principes et de la clarification des concepts.

Les parties n'ont pas discuté de la régularité de la procédure exceptionnellement suivie par le Tribunal du travail, et qui a consisté à siéger en banc. C'est un sujet sur lequel je n'exprime aucune opinion.

2. *The Decision of the Labour Commissioner*

The labour commissioner, Mr. Réal Bibeault, found that the evidence showed there was no legal relation between the janitorial service companies; however, relying principally on the Labour Court judgments in *Schwartz, supra*, and *Syndicat national des employés de la Commission scolaire régionale de l'Outaouais v. Services Ménagers Bordeaux*, [1980] T.T. 233, he held that the only conditions for the application of s. 45 of the *Labour Code* are the existence of a new employer and the continuity of the undertaking. According to this line of authority, the existence of a legal relation between successive employers is not a condition for the application of s. 45. He also referred, *inter alia*, to the judgment of Judge Morin in *Imprimerie Roy et Laliberté Inc., supra*, according to which the existence of a legal relation between the old and the new employer is not necessary for s. 45 to apply. He adopted a concept of the undertaking put forward by Judge Burns in *Services Ménagers Bordeaux, supra*, at p. 242:

[TRANSLATION] ... we are concerned with the operation constituted by janitorial services performed at the Nicolas Gatineau comprehensive school.

As we saw earlier, the labour commissioner concluded that s. 45 of the *Labour Code* applied and that the rights and obligations of *MBD* or *Netco*, as the case might be, had been transferred to *Services Ménagers Roy*, which he declared bound by the certifications of *MBD* and *Netco* and by the legal strike initiated against them.

3. *The Decision of the Labour Court*

This decision is very detailed. It takes up ninety pages of the Labour Court reports. Eight of the eleven judges of the Court wrote separate reasons containing at times rather subtle differences. It is therefore not an easy decision to summarize. An adequate summary is however provided in the objective headnote prepared by the Labour Court law editors and published with the Court's decision. A more detailed and more critical summary has also been published by Robert P. Gagnon, "L'article 45 du Code du travail après le jugement

2. *La décision du commissaire du travail*

Le commissaire du travail, M. Réal Bibeault, constate que la preuve démontre qu'il n'y a pas de lien de droit entre les entrepreneurs en entretien ménager. Mais il s'appuie principalement sur les jugements du Tribunal du travail dans l'affaire *Schwartz*, précitée, et l'affaire *Syndicat national des employés de la Commission scolaire régionale de l'Outaouais c. Services Ménagers Bordeaux*, [1980] T.T. 233, pour décider que les seules conditions d'application de l'art. 45 du *Code du travail* sont la survenance d'un nouvel employeur et la continuité de l'entreprise. L'existence d'un lien de droit entre employeurs successifs n'est pas, selon cette jurisprudence, une condition d'application de l'art. 45. Il réfère également, entre autres, au jugement du juge Morin dans l'affaire de *Imprimerie Roy et Laliberté Inc.*, précitée, selon lequel entre l'ancien et le nouvel employeur la présence d'un lien juridique n'est pas nécessaire à l'application de l'art. 45. Il retient de l'entreprise une notion qui est celle du juge Burns dans l'affaire *Services Ménagers Bordeaux*, précitée, à la p. 242:

... il s'agit de l'opération que constitue l'entretien ménager ou le nettoyage, si l'on veut, de l'école polyvalente Nicolas Gatineau.

Comme on l'a vu plus haut, le commissaire du travail conclut à l'application de l'art. 45 du *Code du travail* et à la transmission des droits et obligations de *MBD* ou de *Netco*, selon le cas, à *Services Ménagers Roy* qu'il déclare liée par les accréditations de *MBD* et de *Netco* ainsi que par la grève légale qui a été déclenchée contre ces dernières.

3. *La décision du Tribunal du travail*

Cette décision est fort élaborée. Elle comporte quatre-vingt-dix pages des rapports du Tribunal du travail. Huit des onze juges du Tribunal y écrivent des motifs distincts comportant parfois des différences relativement subtiles. Ce n'est donc pas une décision facile à résumer. On en trouvera cependant un résumé adéquat dans le sommaire objectif rédigé par les arrêtiéristes du Tribunal du travail et publié avec la décision de ce dernier. On en trouvera également un résumé plus détaillé et plus critique publié par M^e Robert P. Gagnon, «L'arti-

C.S.R. Outaouais”, in *La transmission de l'entreprise en droit du travail*, op. cit., at pp. 145 to 163.

Seven of the eleven Labour Court judges dismissed the appeal from the labour commissioner's decision. They held that there had been a transfer of the undertaking in the circumstances. Consequently, the rights and obligations attached to the certification were also transferred from the undertakings covered by the certifications to the new subcontractors by virtue of s. 45 of the *Labour Code*. The judges in question were Chief Judge Geoffroy, Associate Chief Judge Beaudry and Judges Morin, Auclair, Burns, Saint-Arnaud and Brière. Judge Brière however dissented in part on certain matters which he would have referred back to the labour commissioner for further inquiry.

The four dissenting judges would have allowed the appeal. They were Judges Girouard, Lesage, Prud'Homme and Aubé.

However, the seven majority judges did not all arrive at their conclusions for the same reasons, and there were also slight differences between the opinions of certain minority judges.

3.1 Continuity or the Preservation of the Essential Elements of the Undertaking

The only condition which all the Labour Court judges considered essential to the application of s. 45 was the continuity of the undertaking. This agreement is superficial, however, since the Labour Court judges agreed neither on the identification of the undertaking in the case at bar nor on the definition of the undertaking.

3.2 The Legal Relation Between Successive Employers

They also were not in agreement on what is probably the chief point in dispute: for s. 45 to apply, must there be a legal relation between the old and the new employer, resulting from an agreement between them to transfer the undertaking, such that the first employer transfers a right or rights to the second?

Four judges of the Labour Court were clearly of the opinion that the existence of a relation, legal or

cle 45 du Code du travail après le jugement C.S.R. Outaouais», dans *La transmission de l'entreprise en droit du travail*, op. cit., aux pp. 145 à 163.

Sept des onze juges du Tribunal du travail rejettent l'appel de la décision du commissaire du travail. Ils décident qu'il y a eu transfert d'entreprise en l'espèce, et par conséquent des droits et obligations rattachés à l'accréditation en vertu de l'art. 45 du *Code du travail*, des entreprises visées par les accréditations aux nouveaux sous-traitants. Il s'agit du juge en chef Geoffroy, du juge en chef adjoint Beaudry et des juges Morin, Auclair, Burns, Saint-Arnaud et Brière. Ce dernier est cependant dissident en partie relativement à quelques dossiers qu'il aurait retournés au commissaire du travail pour complément d'enquête.

Les quatre juges dissidents auraient accueilli l'appel. Ce sont les juges Girouard, Lesage, Prud'Homme et Aubé.

Mais les sept juges majoritaires n'arrivent pas tous à leurs conclusions pour les mêmes motifs. Et il y a également des nuances entre les opinions de certains juges minoritaires.

3.1 La continuité ou le maintien de l'entreprise dans ses éléments essentiels

La seule condition que tous les juges du Tribunal du travail considèrent essentielle à l'application de l'art. 45 est la continuité de l'entreprise. Cet accord reste cependant superficiel puisque les juges du Tribunal du travail ne s'accordent ni sur l'identification de l'entreprise dont il est question en l'espèce ni sur la définition de l'entreprise.

3.2 Le lien de droit

Ils ne s'accordent pas non plus sur ce qui constitue probablement l'objet principal du litige: pour que puisse s'appliquer l'art. 45, faut-il qu'il y ait un lien de droit entre l'ancien et le nouvel employeur, résultant de l'accord de leur volonté sur le transfert de l'entreprise du premier au second, de telle sorte qu'ils soient respectivement l'ayant cause et l'ayant droit l'un de l'autre?

Quatre juges du Tribunal du travail sont clairement d'avis que l'existence d'un lien, juridique ou

otherwise, direct or indirect, between successive employers is not a condition for the application of s. 45. In their view, the only condition for the application of this section, when a new employer replaces the old, is that the undertaking must continue. Their principal spokesman was Chief Judge Geoffroy, with whom Judges Auclair, Saint-Arnaud and Burns simply concurred. According to Chief Judge Geoffroy, in view of the principles of civil law which s. 45 was meant to correct, "alienation of an undertaking" within the meaning of this section is [TRANSLATION] "the extinction by whatever means of the legal connection an employer had to the ownership or the enjoyment of an undertaking" (p. 122).

Judge Morin, who was part of the majority, repeated the thesis he had first put forward in *Imprimerie Roy et Laliberté Inc.*, *supra*. In his opinion, which he stated, *inter alia*, at p. 138:

[TRANSLATION] ... for there to be continuity of an undertaking, a relation between the previous and the new employer must exist.

In Judge Morin's opinion, however, this relation is not necessarily contractual, legal or direct. In the case at bar, it is provided by the *C.S.R.O.*

Associate Chief Judge Beaudry concurred in the opinion of Chief Judge Geoffroy and in that of Judge Morin, which at least on the surface indicates an internal contradiction with respect to the requirement of some kind of relation between successive employers.

Judge Brière agreed with the majority's basic conclusions, but some of his reasoning is distinct from that of the majority. Unlike the other majority judges, he concluded that for there to be continuity of the undertaking there has to be a legal relation established by contract or at law between successive employers—other than a simple purchase of particular goods or services that does not result in a loss of employment or layoff. However, this legal relation does not have to be direct provided it is continuous. The Labour Court law editor summarizes the approach taken by Judge Brière on this point as follows:

autre, direct ou indirect, entre employeurs successifs n'est pas une condition d'application de l'art. 45. Pour eux, la seule condition d'application de cet article, s'il y a survenance d'un nouvel employeur, est le maintien de l'entreprise. Leur principal porte-parole est le juge en chef Geoffroy à qui les juges Auclair, Saint-Arnaud et Burns donnent un accord pur et simple. Selon le juge en chef Geoffroy, compte tenu des principes de droit commun auxquels l'art. 45 a voulu remédier, «l'aliénation de l'entreprise» au sens de cet article est «l'extinction, par quelque moyen que ce soit, du lien de droit que détenait un employeur sur la propriété ou la jouissance d'une entreprise» (p. 122).

Le juge Morin, qui fait partie de la majorité, reprend la thèse qu'il avait d'abord exposée dans l'affaire *Imprimerie Roy et Laliberté Inc.*, précitée. À son avis, qu'il expose entre autres à la p. 138:

... il faudra toujours, pour conclure qu'il y a continuité d'entreprise, retrouver un lien entre l'employeur précédent et le nouvel employeur.

Mais, selon le juge Morin, ce lien n'est pas nécessairement un lien contractuel ou juridique, ni un lien direct. En l'espèce, ce lien est assuré par la *C.S.R.O.*

Le juge en chef adjoint Beaudry se rallie à l'opinion du juge en chef Geoffroy et à celle du juge Morin, ce qui laisse entrevoir à tout le moins l'apparence d'une contradiction interne quant à la nécessité d'une certaine sorte de lien entre employeurs successifs.

Le juge Brière se joint à la majorité pour l'essentiel du dispositif, mais il fait bande à part quant à plusieurs de ses motifs. Contrairement aux autres juges de la majorité, il conclut à la nécessité d'un lien juridique contractuel ou légal—autre qu'un simple achat de biens ou de services particuliers n'entraînant pas de perte d'emploi ou de mise à pied—entre employeurs successifs pour qu'il y ait continuité de l'entreprise. Mais ce lien de droit n'a pas à être immédiat pourvu qu'il soit continu. L'arrêviste du Tribunal du travail résume comme suit la pensée du juge Brière sur ce point:

[TRANSLATION] ... this legal relation does not necessarily have to be direct; yet it must be continuous, the undertaking passing through the party conferring the right to operate the undertaking to the successive operators so as to establish a continuous link in successive rights. As the school board was never the employer in the operation of the janitorial service undertaking, it did not transfer a functional undertaking when it entrusted the execution of janitorial services to the first subcontractor; however, the termination of this arrangement led to a transfer of the undertaking from the subcontractor to the school board, since the board was taking back the right to operate the undertaking. The undertaking therefore did not move between operators, but went from the party conferring the right to operate it to the first subcontractor, from the first subcontractor back to the party conferring the right, and so on. This type of transfer of an undertaking brings about a transfer of rights and obligations pursuant to s. 45.

The minority judges, on the other hand, had no doubt that a legal relation between the two subcontractors was necessary.

Judge Girouard wrote, *inter alia*, at p. 193:

[TRANSLATION] ... the consensual transaction between two parties, whereby rights in the operation of the undertaking ... are conferred, is the *sine qua non* of the application of s. 45, in that the consent of the parties gives rise to the circumstances upon which s. 45 is based.

Judge Lesage agreed with the opinion of Judge Girouard, but expanded, if that is possible, on Judge Girouard's reasons, and Judge Prud'Homme concurred in the opinion of Judge Lesage with brief additional comments. Judge Aubé agreed, at a minimum, with the conclusions of his three dissenting colleagues, subject to a distinction as to the nature of an undertaking, about which I will say a word later.

Thus it would appear that five of the eleven judges of the Labour Court considered that no relation of any kind between subcontractors is necessary before s. 45 can apply. Six of the eleven thought the contrary, and five of these considered that the relation in question had to be a legal relation, whether direct (the dissenting judges) or indirect (Judge Brière).

... ce lien de droit ne doit pas être nécessairement immédiat; il doit être continu, l'entreprise passant d'un concessionnaire à un autre par l'intermédiaire du concédant, et il y a alors continuité de liens de droits successifs. Comme la commission scolaire n'a jamais été employeur pour l'exploitation de l'entreprise d'entretien, elle n'a pas cédé d'entreprise de travail lorsqu'elle a confié cet entretien à un premier sous-traitant; toutefois, la fin de cette concession effectuait une transmission de l'entreprise du sous-traitant à la commission scolaire par voie de rétrocession, puisque la commission reprenait le droit d'exploiter l'entreprise. Cette entreprise ne s'est donc pas déplacée entre chaque concessionnaire, mais a procédé du concédant au premier concessionnaire, de ce dernier au concédant et ainsi de suite. Cette forme de transmission d'entreprise entraîne la transmission des droits et obligations prévue par l'article 45.

Pour les juges minoritaires, par contre, la nécessité d'un lien de droit entre les deux sous-traitants ne fait pas de doute.

Le juge Girouard écrit, entre autres, à la p. 193:

... l'acte consensuel entre les deux parties à une concession d'entreprise [...] est l'élément essentiel qui sous-tend et permet, *sine qua non*, le fait même d'une situation qui est la source de cet article de loi.

Le juge Lesage donne son accord à l'opinion du juge Girouard en l'amplifiant, s'il est possible, et le juge Prud'Homme souscrit à l'opinion du juge Lesage avec de brefs commentaires additionnels. Quant au juge Aubé, il est d'accord à tout le moins avec les conclusions de ses trois collègues dissidents, sous réserve d'une distinction sur la nature de l'entreprise dont je dirai un mot plus bas.

Ainsi donc, semble-t-il, cinq des onze juges du Tribunal du travail sont d'avis qu'un lien de quelque nature que ce soit entre sous-traitants n'est pas nécessaire pour que s'applique l'art. 45. Six de ces onze juges pensent le contraire et cinq de ces derniers opinent que ce lien doit être un lien de droit, soit direct, les juges dissidents, soit indirect, le juge Brière.

3.3 The Identification of the Undertaking

As I have already indicated, the judges of the Labour Court also disagreed as to the identification of the undertaking in the case at bar. Is the undertaking we are concerned with that of the *C.S.R.O.* or the undertakings of each subcontractor designated in a certification?

Chief Judge Geoffroy and the three judges who simply concurred in his opinion concluded that the undertaking in question was that of the *C.S.R.O.*

Similarly, Associate Chief Judge Beaudry, at pp. 130-31, and Judge Brière, at p. 146, expressed the view that the undertaking in question is that of the *C.S.R.O.* However, at p. 175, Judge Brière wrote that the *C.S.R.O.* did not transfer an undertaking when it entrusted the execution of janitorial services at its schools to the first subcontractor.

In contrast, the minority judges were of the opinion that the undertaking in question in s. 45 can only be that of the employer designated in a certification, and in the case at bar the undertaking can only be that of the subcontractors: see pp. 185, 200, 204 and 205.

This point of view appears to have been shared by Judge Morin, who, although part of the majority, wrote at p. 137:

[TRANSLATION] In the cases under consideration, cases involving janitorial services in schools, the nature of the undertaking covered by s. 45 must be determined; . . .

First, we must dispel any ambiguity. The certifications in question are directed not to the school board's undertaking, but to the undertakings operated by the janitorial service subcontractors who were affected by the certifications. Although essentially these subcontractors are, by virtue of a contract, operating a part of the school board's larger undertaking, the undertakings designated in the certifications are those operated by the various employers who were, at the time the certifications were issued, the various subcontractors for janitorial services.

3.4 The Concept of an Undertaking

Without doubt, however, the concept of an undertaking gave rise to the greatest number of different approaches in the Labour Court judgment, subtle differences that are not easy to pin-

3.3 L'identification de l'entreprise

Comme je l'ai déjà indiqué, les juges du Tribunal du travail sont aussi en désaccord sur l'identification de l'entreprise dont il est question en l'espèce. S'agit-il de l'entreprise de la *C.S.R.O.* ou bien de celle de chacun des sous-traitants visés par une accréditation?

Pour le juge en chef Geoffroy et les trois juges qui partagent purement et simplement son avis, c'est de l'entreprise de la *C.S.R.O.* qu'il s'agit.

De même, le juge en chef adjoint Beaudry, aux pp. 130 et 131, et le juge Brière, à la p. 146, expriment-ils l'opinion que l'entreprise en question est celle de la *C.S.R.O.* Cependant, le juge Brière écrit, à la p. 175, que la *C.S.R.O.* n'a pas cédé d'entreprise le jour où elle a confié l'entretien de ses écoles à un premier sous-traitant.

D'autre part, pour les juges minoritaires, l'entreprise dont il est question à l'art. 45 ne saurait être que celle de l'employeur visé par une accréditation et, en l'espèce, ce ne peut être que celle des sous-traitants; voir pp. 185, 200, 204 et 205.

Ce point de vue est partagé semble-t-il par le juge Morin qui, lui, fait partie de la majorité et qui pourtant écrit, à la p. 137:

Dans les cas qui nous occupent, cas qui concernent l'entretien ménager dans des écoles, il faut déterminer la nature de l'entreprise visée par l'article 45; . . .

Il faut d'abord dissiper toute ambiguïté. Ce qui est visé par les accréditations en cause, ce n'est pas l'entreprise de la commission scolaire, mais bien celles exploitées par les différents entrepreneurs en entretien ménager qui furent concernés par les accréditations. Bien qu'essentiellement ces entrepreneurs exploitent, en vertu d'un contrat, partie de l'entreprise de la commission scolaire, les entreprises visées par les accréditations sont celles exploitées par les différents employeurs qui étaient, à l'époque desdites accréditations, les différents entrepreneurs en entretien ménager concernés.

3.4 La notion de l'entreprise

Mais c'est sans doute à propos de la notion d'entreprise que le jugement du Tribunal du travail comporte le plus de divergences, d'ailleurs subtiles, difficiles à cerner et à résumer. Tous les

point or summarize. All the judges took the certification into account in defining the concept of an undertaking, but their unanimity went no further than that.

Chief Judge Geoffroy and the three judges who concurred in his opinion continued to endorse the functional concept of an undertaking, which they maintained found authority in some of the earliest decisions of the Labour Court, and in particular in the judgment of Associate Chief Judge Donat Quimper in *Centrale de Chauffage, supra*, on which they relied and which will be discussed below.

It should be pointed out that the opinion of Chief Judge Geoffroy on the lack of any requirement of a legal relation between subcontractors is largely due to his view of an undertaking.

In contrast with Chief Judge Geoffroy and the judges who simply concurred with him, the dissenting judges, with the probable exception of Judge Aubé, supported the organic concept of an undertaking. Paradoxically, they also relied on the initial decisions of the Labour Relations Board and the Labour Court, emphasizing that this concept is limited by the certification. Judge Girouard adopted the following definition of an undertaking, at p. 186:

[TRANSLATION] . . . It is the organized group of operations set in motion by an agent for a definite purpose. These operations take the form, *inter alia*, of tasks, duties, occupations, activities, performed in a defined framework using specific methods having regard to the wishes and resources of the agent.

The following passage is found on the same page, a few lines earlier:

[TRANSLATION] . . . [the certification] is tailored to the undertaking which an employer intended to carry on, assume and direct, and follows it when the employer alienates the undertaking or transfers its operation to another employer; in any case, the certification cannot come into existence for an undertaking which an employer has not assumed, nor for the undertaking of another employer: these are undertakings not initially designated in the application for certification, and no

juges tiennent compte de l'accréditation pour cerner la notion d'entreprise, mais l'unanimité ne va guère plus loin.

^a Le juge en chef Geoffroy et les trois juges qui lui donnent leur accord continuent d'endosser le concept fonctionnel de l'entreprise qui, selon eux, remonterait pratiquement à la jurisprudence initiale du Tribunal du travail et particulièrement au jugement du juge en chef adjoint Donat Quimper dans *Centrale de Chauffage*, précitée, dont ils se réclament et dont il sera question plus bas.

^b ^c Il importe d'observer que l'opinion du juge en chef Geoffroy quant à l'absence de nécessité d'un lien de droit entre sous-traitants est largement tributaire de la conception qu'il se fait de l'entreprise.

^d À l'opposé du juge en chef Geoffroy et des juges qui sont purement et simplement d'accord avec lui, les juges dissidents, à l'exception probablement du juge Aubé, s'en tiennent au concept organique de l'entreprise. Paradoxalement, ils se réclament également de la jurisprudence initiale de la Commission des relations ouvrières et du Tribunal du travail en soulignant que cette notion se trouve circonscrite par l'accréditation. Le juge Girouard retient la définition suivante de l'entreprise à la p. 186:

^e . . . il s'agit de cet ensemble organisé des opérations mises en œuvre par un agent et selon une finalité établie. Et ces opérations se traduisent, entre autres, par des tâches, des fonctions, des occupations, des activités exécutées dans des structures prévues et selon des modes particuliers eu égard aux volontés et aux possibilités de l'agent.

Et, sur la même page, on trouve quelques lignes auparavant ce passage:

^f . . . [l'accréditation] s'ajuste à l'entreprise qu'un employeur a voulu entreprendre, assumer, diriger, et elle la suit lorsque cet employeur l'aliène ou la concède à un autre employeur; par ailleurs, cette accréditation ne peut entrer en existence par rapport à une entreprise qu'un employeur n'a pas assumée, ou par rapport à l'entreprise d'un autre employeur: entreprise non visée originaire-

relationship, either by alienation or by transfer of operations, is established between them and the first employer.

As noted above, Judge Lesage concurred with Judge Girouard but added his own comments.

At page 199, he dissociated himself from Chief Judge Geoffroy's opinion with respect to the nature of an undertaking:

[TRANSLATION] With respect, this diffuse concept of an undertaking, associating it with the principal economic agent who is the pivot of all the related activities [in the case at bar, the undertaking of the C.S.R.O.], is entirely at variance with the wording of s. 45 itself, seen in the perspective of the *Labour Code*. It focuses purely on the continuity of the undertaking, seen in a wide economic perspective, without looking at the limits imposed by the Code by referring to alienation.

On the same page and the page following, Judge Lesage wrote:

[TRANSLATION] The juxtaposition of the employer and the certification, as the point of departure and the consequence of alienation in the wording of s. 45, is so fundamental that it necessarily implies that only activities actually directed by the employer, and for which he hires employees, are at the heart of the undertaking in question and give it its definition. For the purposes of s. 45, therefore, it is the alienation of the personal undertaking affected by collective rights we are concerned with.

Accordingly, both the natural meaning of the words and the context of the *Labour Code* require that we separate a given undertaking from its economic context and consider it strictly in terms of the specific activities and personal contribution of the employer designated in the certification and the other collective rights which will continue despite the alienation.

The undertaking, which must be found to have been alienated before s. 45 can apply, is that under the legal control of the employer who is certified or is affected by collective rights, and by definition only he may dispose of it.

Judge Aubé, who was among the dissenting judges, relied at p. 204 on the definition of an undertaking given by Associate Chief Judge Donat Quimper in *Centrale de Chauffage, supra*, and

ment par la requête pour accréditation et sans relation d'aliénation ou de concession avec le premier employeur.

Comme susdit, le juge Lesage est d'accord avec le juge Girouard mais il ajoute ses propres commentaires.

À la page 199, il se dissocie de l'opinion du juge en chef Geoffroy sur la nature de l'entreprise:

Avec respect, cette notion diffuse de l'entreprise, la rattachant au principal agent économique qui serait le pivot de toutes les activités reliées [en l'espèce, l'entreprise de la C.S.R.O.], heurte de plein fouet le texte même de l'article 45, vu dans la perspective du *Code du travail*. Elle est axée sur la pure continuité de l'entreprise, prise dans une large perspective économique, sans rechercher les limites imposées par le code en parlant d'aliénation.

À la même page et à la page suivante, le juge Lesage écrit:

La juxtaposition de l'employeur et de l'accréditation, comme point de départ et comme conséquence de l'aliénation dans le texte de l'article 45, est tellement essentielle qu'elle oblige à conclure que ce sont les seules activités effectivement dirigées par l'employeur et pour lesquelles il engage des salariés qui sont au cœur de l'entreprise dont il s'agit et qui valent à celle-ci sa définition. Il doit donc s'agir, pour les fins de l'article 45, de l'aliénation de l'entreprise personnelle visée par des droits collectifs.

Il faut donc dissocier, tant en vertu du sens naturel des mots que du contexte du *Code du travail*, une entreprise donnée du milieu économique où elle s'insère et la considérer strictement en fonction des activités effectives et de la mise en œuvre personnelle de l'employeur visé par l'accréditation et les autres droits collectifs qui doivent perdurer malgré l'aliénation.

L'entreprise dont on doit constater au départ l'aliénation pour appliquer l'article 45 est celle sous le contrôle juridique de l'employeur accrédité ou visé par des droits collectifs. Et lui seul peut en disposer par définition.

Le juge Aubé, l'un des dissidents, s'appuie à la p. 204 sur la définition de l'entreprise que cite le juge en chef Geoffroy et qui est celle du juge en chef adjoint Donat Quimper dans l'affaire *Cen-*

cited by the Chief Judge of the Labour Court, Judge Geoffroy, in the case at bar, and drew the following conclusion:

[TRANSLATION] Accordingly, in the cases under consideration the undertaking is the totality of janitorial services performed in the various schools concerned.

He concluded that there had been, at least potentially, a transfer of the operation of its undertaking by the *C.S.R.O.*, since the school board could have in the past and could still in the future decide to operate the undertaking itself. However, s. 45 could not apply in the case at bar because no certification of the undertaking had ever bound the *C.S.R.O.*, and the application of s. 45 of the *Labour Code* depends on the certification of the party conferring rights in the undertaking. Consequently, wrote Judge Aubé:

[TRANSLATION] It is more than apparent, in the cases under consideration, that in as much as the certifications were issued in respect of the subcontractors, the certifications applied to the undertaking of the subcontractor and not the undertaking of the school board.

He also concluded at p. 205 that there was no continuity of the undertaking in the case at bar:

[TRANSLATION] Did the new subcontractors continue the business of those who had performed the janitorial services before them in the same schools? It seems evident to me that they did not.

Judge Morin, who formed part of the majority, and with whom Judge Beaudry concurred as well as with Chief Judge Geoffroy, rejected both the operational and the organic concepts of an undertaking. In his opinion, while the organic concept of the undertaking would unduly limit the operation of s. 45 of the *Labour Code*, the functional concept of the undertaking is so broad as to make it impossible to distinguish between two similar undertakings, and consequently, would make any determination as to the continuity of the same undertaking equally impossible. He therefore adopted what is perhaps an intermediate position, based on pragmatism. At pages 136-37 he wrote:

[TRANSLATION] . . . the undertaking must be analysed above all in the context of the certification. Section 45 applies only to an undertaking covered by a certification. This undertaking must correspond first and fore-

trale de Chauffage, précitée, et il en tire la conséquence suivante:

Donc, dans les cas sous étude, l'entreprise serait l'ensemble des opérations d'entretien ménager mises en œuvre dans les différentes écoles concernées.

Il en conclut qu'il y a eu concession par la *C.S.R.O.* aux divers sous-traitants de son entreprise au moins virtuelle, puisqu'elle aurait pu dans le passé et pourrait encore à l'avenir décider de l'exploiter elle-même. Mais comme cette entreprise n'a jamais été accréditée vis-à-vis la *C.S.R.O.*, l'art. 45 du *Code du travail* est inapplicable, car il postule l'accréditation du concédant. Or, écrit le juge Aubé:

Dans les présents dossiers, il saute aux yeux que, quand les accréditations ont été décernées vis-à-vis les concessionnaires, elles visaient l'entreprise du sous-traitant et non pas celle de la commission scolaire.

Il conclut également à la p. 205 qu'il n'y a pas de continuité d'entreprise en l'espèce:

Les nouveaux concessionnaires continuent-ils le *business* de ceux qui faisaient le ménage avant eux dans les mêmes écoles? Il m'apparaît évident que non.

Quant au juge Morin, qui fait partie de la majorité, et à qui le juge Beaudry donne son accord en même temps qu'au juge en chef Geoffroy, il répudie tant le concept fonctionnel que le concept organique de l'entreprise. À son avis, la notion organique faciliterait trop souvent la mise en échec de l'art. 45 du *Code du travail*, tandis que la notion fonctionnelle serait trop large pour permettre de distinguer entre deux entreprises semblables et par conséquent de décider s'il y a continuité de la même entreprise. Il adopte donc ce qui est peut-être une position intermédiaire caractérisée par le pragmatisme. Il écrit, aux pp. 136 et 137:

. . . c'est avant tout dans le contexte de l'accréditation qu'il faut analyser l'entreprise. En effet, l'article 45 ne s'applique qu'à une entreprise visée par une accréditation. Cette entreprise devra se rapporter primordialement

most with the functions covered by the certificate of certification.

This does not mean that it will not be necessary in certain cases to determine whether human components, physical components and even intellectual components are present. That will depend on each case. Thus, an undertaking which is defined essentially in terms of high technology will not be found to have continued to exist if that high technology was not part of the transfer. The same thing, for example, might be true where one school bus company succeeds another if no equipment or buses were alienated or transferred. It all depends on the essential characteristics of the undertaking in relation to the certification applicable to it.

When we want to know here if the undertaking continued to exist, we will have to ask whether both before and after the alienation or transfer of operations the work that employees were hired to do, namely janitorial work, continued to be performed in the same schools as before.

Judge Morin concluded as follows, at p. 137:

[TRANSLATION] We must therefore look at the functions covered by the various certifications in the instant case. The certification that s. 45 is intended to protect here is that covering janitorial services in a particular school. That is how the certifications were issued.

If the certification had covered employees performing janitorial work for a subcontractor in, for example, the entire Hull area, the undertaking protected by s. 45 might have been different. Thus, in such a case it might have appeared that the undertaking to which s. 45 applied was not janitorial services in a single school but janitorial services at several locations in the area.

But that is not the case here.

Finally, Judge Brière also took his own line regarding the concept of an undertaking. At pages 144-45, he considered no less than half a dozen definitions of an undertaking which appeared to contain a significant organic component, including the following:

[TRANSLATION] *An undertaking is essentially an organic relationship between an employer and his employees, or a group of employees.*

ment aux fonctions couvertes par le certificat d'accréditation.

Ceci ne veut pas dire que l'on n'aura pas, dans les cas particuliers, à regarder si les éléments humains, les éléments physiques et voire même l'élément intellectuel ne se retrouvent pas. Cela dépendra de chaque cas. Ainsi une entreprise qui, de façon essentielle, se définit par rapport à une haute technologie ne pourra se retrouver si cette haute technologie ne fut pas l'objet du transfert. Ça pourrait être, par exemple, la même chose au sujet d'un transporteur scolaire succédant à un autre, si aucun équipement, aucun autobus n'est aliéné, cédé. Tout dépend des caractéristiques essentielles de l'entreprise eu égard à l'accréditation qui la vise.

Lorsque l'on veut savoir ici si l'entreprise s'est continuée, il s'agira de se demander si, autant avant qu'après l'aliénation ou la concession, le travail que les salariés s'étaient engagés à fournir, à savoir faire le ménage, continue de se faire dans la même école comme avant.

Et le juge Morin de conclure comme suit à la p. 137:

Il faut donc examiner quelles sont les fonctions visées par les diverses accréditations dans le présent cas. L'accréditation que l'article 45 veut protéger ici c'est celle visant les fonctions d'entretien ménager dans une école en particulier. C'est comme cela que les accréditations ont été émises.

Si l'accréditation avait visé les salariés faisant l'entretien ménager pour le compte d'un entrepreneur pour, par exemple, toute la région de Hull, l'entreprise protégée par l'article 45 aurait pu être différente. Ainsi dans un tel cas, il aurait pu apparaître que l'entreprise que l'article 45 voulait viser n'était pas uniquement l'entretien ménager dans une école mais l'entretien ménager dans plusieurs endroits dans une région.

Mais ce n'est pas notre cas.

Enfin, le juge Brière fait aussi bande à part relativement au concept de l'entreprise. Aux pages 144 et 145, il n'examine pas moins d'une demi-douzaine de définitions de l'entreprise qui paraissent comporter un élément organique important dont la suivante:

Une entreprise, c'est essentiellement une relation organique entre un employeur et ses salariés ou un groupe d'entre eux.

Judge Brière nevertheless concluded as follows at p. 174:

[TRANSLATION] ... I propose to adopt the "employee" factor as the principal component of an undertaking in defining the transfer of the undertaking and determining the rights and obligations passed on in the event of such a transfer.

Judge Brière had already derived the consequences several pages earlier, at p. 148:

[TRANSLATION] There is only a transfer of an undertaking within the meaning of the *Labour Code* when this actually exists, that is, the work duties transferred were in fact performed by employees whose rights would be affected by the transfer of the undertaking if their continuity were not guaranteed by law.

The employees must therefore be found to work or have the right to work in the transferred undertaking.

Robert P. Gagnon, "L'article 45 du Code du travail après le jugement C.S.R. Outaouais", *loc. cit.*, at pp. 160-61, summarizes the position taken by Judge Brière on this point:

[TRANSLATION] This undertaking is basically the functional undertaking, to which is added the consideration of the identity of those performing duties, that is, for purposes of s. 45, the employees.

On these bases, therefore, Judge Brière concluded that the identity of the employees was the essential component of an undertaking for the purposes of applying s. 45 and the determining factor in a finding that the undertaking had been transferred

There was thus no decisive majority in the Labour Court judgment on the crucial question of the concept of an undertaking.

3.5 A Jurisdictional Question

Before concluding the summary of this judgment, two points should be mentioned that had been raised in the opinions of the minority judges.

In the view of Judge Girouard, speaking for the minority, the error made by labour commissioner Réal Bibeault, and so by the majority of the Labour Court, is jurisdictional in nature. Judge Girouard wrote at p. 185:

[TRANSLATION] Under s. 46, the finding required by the provisions of s. 45 is within the jurisdiction, and part of the responsibility, of a commissioner, who may also

Le juge Brière conclut néanmoins comme suit à la p. 174:

... je propose de retenir le facteur «salariés» comme l'élément principal de l'entreprise de travail pour définir la transmission d'entreprise et déterminer quels sont les droits et obligations transmis lors d'un transfert de l'entreprise.

Le juge Brière a déjà tiré la conséquence plusieurs pages auparavant, à la p. 148:

Il n'y a de cession d'entreprise au sens du *Code du travail* que dans la mesure où celle-ci existe réellement, c'est-à-dire que les fonctions de travail transportées étaient effectivement exercées par des salariés dont les droits seraient affectés par le transfert d'entreprise si leur continuité n'était pas assurée par la loi.

Il faut donc que les salariés se retrouvent dans l'entreprise cédée ou aient le droit de s'y retrouver.

M^e Robert P. Gagnon, «L'article 45 du Code du travail après le jugement C.S.R. Outaouais», *loc. cit.*, aux pp. 160 et 161, résume la position du juge Brière sur ce point:

Cette entreprise de travail c'est en somme l'entreprise fonctionnelle à laquelle on ajoute la considération de l'identité des titulaires des fonctions, c'est-à-dire, aux fins d'application de l'article 45, des salariés.

Sur ces bases, le juge Brière en arrive donc à faire de l'identité des salariés la composante essentielle de l'entreprise aux fins d'application de l'article 45 et le facteur déterminant du constat de transmission d'entreprise . . .

Ainsi donc, sur la question cruciale du concept de l'entreprise, le jugement du Tribunal du travail ne comporte pas de majorité décisive.

3.5 Question d'ordre juridictionnel

Avant de terminer le sommaire de ce jugement, il importe de souligner deux éléments que l'on trouve dans les opinions des juges minoritaires.

Selon le juge Girouard qui parle pour la minorité, l'erreur du commissaire du travail, Réal Bibeault, et par conséquent celle de la majorité du Tribunal du travail, sont des erreurs d'ordre juridictionnel. Le juge Girouard écrit à la p. 185:

De par l'article 46, le constat nécessaire aux stipulations de l'article 45 ressort de la compétence, et il en est la responsabilité, d'un commissaire qui peut aussi «régler

“settle any difficulty arising out of the application” of these provisions . . . I should say at once that, for all that, neither a commissioner (nor the Court) can disregard the actual provisions of s. 45, which only apply where there is factual evidence of an alienation or operation by another, and of a certification of the party who confers the right to operate; these facts then “confer jurisdiction” and an error as to their existence appears to me to be of a jurisdictional nature precluding application of the privative clause in s. 118 of the Code.

This opinion was accepted by the Superior Court and the Court of Appeal.

Judge Lesage wrote at p. 203 that the interpretation adopted by him [TRANSLATION] “seems to be the only reasonable one as far as our s. 45 is concerned”. It follows that in his opinion the contrary interpretation is necessarily unreasonable.

4. *The Decision of the Superior Court*

After summarizing the facts, which must be taken as proved, Landry J. began at p. 979 by reviewing the principles relating to the right of evocation which he felt were applicable and which he drew from various decisions and writers:

[TRANSLATION] The applicant alleged want and excess of jurisdiction. A competent tribunal does not exceed its jurisdiction when it makes an error of law or fact within the exercise of that jurisdiction. Only an error by which a tribunal assumes jurisdiction it does not have can be the subject of evocation.

An error of law giving rise to jurisdiction is therefore reviewable by evocation. Similarly, an error regarding facts which create jurisdiction is also reviewable in the same way.

An inferior tribunal therefore cannot by an erroneous decision as to the existence of conditions preliminary to the exercise of its power assume a jurisdiction which it does not have.

On the same page, Landry J. referred to s. 45 of the *Labour Code*:

[TRANSLATION] In s. 45 the *Labour Code* lays down a principle which has the effect of making a certification given to employees of one employer valid in respect of a new employer. The new employer will be bound by the certification already given on two conditions:

toute difficulté découlant de l'application» de ces stipulations [. . .] Je note immédiatement que, pour autant, un commissaire (ni le Tribunal) ne saurait faire fi des stipulations mêmes de cet article 45 qui n'entre en application que s'il y a preuve des faits d'une aliénation ou d'une concession, ainsi que d'une accréditation chez l'auteur de cette concession; ces faits sont alors «attributifs de compétence» et l'erreur sur leur existence m'apparaît de droit à caractère juridictionnel et exempte de l'application de la clause privative de l'article 118 du code.

C'est là une opinion que la Cour supérieure et la Cour d'appel accepteront.

Quant au juge Lesage, il écrit à la p. 203 que l'interprétation qu'il retient lui «semble la seule raisonnable en ce qui concerne notre article 45». Il s'ensuit que, selon lui, l'interprétation contraire est nécessairement déraisonnable.

4. *Le jugement de la Cour supérieure*

Après avoir résumé les faits, qu'il faut tenir pour avérés, le juge Landry commence, à la p. 979, par rappeler les principes qui à son avis doivent le guider relativement au droit à l'évocation et qu'il fonde sur divers arrêts et auteurs:

La requérante allègue absence et excès de juridiction. Le Tribunal compétent n'exécède pas sa juridiction lorsque, à l'intérieur de l'exercice de sa compétence, il commet une erreur de droit ou de fait. Seule l'erreur par laquelle un Tribunal s'arroge une compétence qu'il ne possède pas peut faire l'objet de l'évocation.

L'erreur de droit attributive de juridiction est donc révisable par évocation. De même, l'erreur portant sur des faits créateurs de juridiction est-elle également révisable de la même manière.

Le Tribunal inférieur ne peut donc par une décision erronée sur l'existence de conditions préliminaires à l'exercice de son pouvoir s'attribuer une compétence qu'il ne possède pas.

À la même page, le juge Landry réfère à l'art. 45 du *Code du travail*:

Le *Code du travail* énonce à l'article 45 un principe qui a pour effet de rendre opposable à un nouvel employeur une accréditation accordée aux salariés d'un premier employeur. Un nouvel employeur sera lié par l'accréditation déjà accordée à deux conditions:

(a) he acquired the undertaking operated by his predecessor as the result of an alienation or transfer of the operation of the undertaking;

(b) a certification was granted with respect to the undertaking before the alienation or transfer of operations and was in effect at the time of the alienation or transfer of operations.

At page 980, Landry J. referred to s. 46 of the *Labour Code*, and went on to observe:

[TRANSLATION] The labour commissioner thus has the power to *record* a transfer of rights and obligations and to make whatever orders are necessary for this purpose. However, this power can only be exercised where a prerequisite has been met, namely the alienation or operation by another of the undertaking.

To make an order under s. 46, the commissioner must be satisfied as to the existence of the prerequisites already mentioned. If the commissioner records an alienation of an undertaking within the meaning of s. 45 when in fact and in law no such alienation took place, he is assuming a jurisdiction he does not have when he makes an order pursuant to s. 46. The labour commissioner has no jurisdiction to make an order under s. 46 in a case not covered by s. 45.

Secondly, Landry J. reviewed the background of s. 45 and its interpretation by the Labour Court and proceeded to give his own interpretation of the provision, at pp. 983-84:

[TRANSLATION] Section 45 requires first the existence of an employer carrying on an undertaking and having employees represented by a certified association.

... a certification requires an employer and employees. The certification does not have to cover all the employees of an employer. A group of employees forming a "separate group" can be the subject of a certification. Agreement between the employer and the employee association is sufficient to define a "separate group".

It can thus be seen that in the case of a subcontractor the person to whom the subcontractor provides services is in no way a party to the application for certification. In principle, therefore, the subcontractor's customer should not have a certification set up against him solely on the ground that the employees and employer chose to

a) il a acquis l'entreprise opérée par son prédécesseur suite à une aliénation ou à une concession de l'entreprise;

b) une accréditation a été accordée à l'égard de cette entreprise avant l'aliénation ou la concession et elle était en vigueur au moment de l'aliénation ou de la concession.

À la page 980, le juge Landry réfère à l'art. 46 du *Code du travail* et il poursuit:

Le commissaire du travail a donc le pouvoir de *constater* qu'une transmission de droits et d'obligations a eu lieu et de rendre les ordonnances requises à cette fin. Ce pouvoir ne peut être exercé cependant que dans le cas où s'est réalisée une condition préalable, savoir l'aliénation ou la concession d'une entreprise.

Pour rendre une ordonnance en vertu de l'article 46, le commissaire doit se satisfaire de l'existence des conditions préalables déjà mentionnées. Si le commissaire constate qu'une aliénation d'entreprise au sens de l'article 45 a eu lieu alors qu'en fait et en droit aucune telle aliénation n'a eu lieu, il s'arroge une compétence qu'il ne possède pas lorsqu'il émet une ordonnance en vertu de l'article 46. Le commissaire du travail n'a pas compétence pour émettre une ordonnance sous l'empire de l'article 46 dans un cas non prévu à l'article 45.

Dans un deuxième temps, le juge Landry fait l'historique de l'art. 45 et de son interprétation par le Tribunal du travail et il procède à sa propre interprétation de cette disposition aux pp. 983 et 984:

L'article 45 requiert d'abord l'existence d'un employeur exerçant une entreprise et ayant à son compte des salariés représentés par une association accréditée.

... une accréditation requiert un employeur et des salariés. Il n'est pas nécessaire que l'accréditation vise tous les salariés d'un employeur. Un groupe de salariés formant un «groupe distinct» peut faire l'objet d'une accréditation. L'accord de l'employeur et de l'association de salariés est suffisant lorsqu'il s'agit de définir un «groupe distinct».

On voit donc que dans le cas d'un sous-traitant, la personne à qui le sous-traitant rend des services n'est en aucune façon partie à la requête en accréditation. Le client du sous-traitant ne devrait donc pas, en principe, se voir opposer une accréditation au seul motif que les salariés et l'employeur ont choisi de limiter une accrédi-

limit a certification to the group of employees assigned by the employer to perform services for this customer.

The undertaking referred to in s. 45 must be the undertaking designated in the certificate of certification. It therefore has to be the undertaking of the employer named in the certificate of certification. Accordingly, there can be no question of a third party's undertaking.

The legislator has not defined the word "undertaking". Is the legislator referring when he uses this term to the actual function assigned to the employee, in this case janitorial work?—or is he referring to the ordinary meaning of this word as it is used in everyday language? In the absence of a statutory definition, the ordinary meaning is generally given to the words used.

Landry J. cited several dictionary definitions of the word undertaking and continued:

[TRANSLATION] In the second paragraph of s. 45 the legislator speaks of a division, amalgamation or change in the legal structure of the undertaking. How can the legislator be thought to mean anything here other than "a commercial or industrial enterprise" in the broad sense? An undertaking exists in a legal framework, a sole proprietorship, a partnership or a limited company. When he refers to the undertaking's legal structure, the legislator means the legal framework in which employer, managers and employees operate. The word "undertaking" thus does not refer only to the specific function performed by an employee. It refers to the components of a business as a whole

Landry J. then elaborated on the concepts of alienation and operation by another:

[TRANSLATION] For there to be an alienation or operation by another of an undertaking, the person holding the right of ownership in the undertaking must perform a legal act which has the effect of transferring some right in the undertaking to someone else.

The alienation referred to in s. 45 of the *Labour Code* must therefore be an alienation made by the employer mentioned in the certificate of certification or by someone legally authorized, by law or by the employer, to alienate all or part of the employer's undertaking (with the exception of a judicial sale). In such a case, the person who acquires all or part of the undertaking will be bound by the certification obtained by employees of the previous employer.

At pages 984-85, Landry J. drew the conclusions from these premises which obviously led him

tation au groupe de salariés chargés par l'employeur de rendre des services à ce client.

L'entreprise dont parle l'article 45 doit être l'entreprise visée par le certificat d'accréditation. Il s'agit donc de l'entreprise de l'employeur nommé dans le certificat d'accréditation. Il ne saurait donc être question de l'entreprise d'un tiers.

Le législateur n'a pas défini le terme «entreprise». Le législateur réfère-t-il, lorsqu'il utilise ce terme, à la fonction même attribuée au salarié, savoir ici l'entretien ménager? Ou réfère-t-il plutôt au sens ordinaire de ce mot tel qu'on l'entend dans le langage ordinaire? À moins d'une définition dans un texte de loi, c'est généralement le sens ordinaire que l'on donne aux mots utilisés.

Le juge Landry cite des définitions de l'entreprise tirées de dictionnaires et il poursuit:

Au second alinéa de l'article 45, le législateur parle de division, fusion ou changement de structure juridique de l'entreprise. Comment prétendre que le législateur vise ici autre chose que «l'affaire commerciale ou industrielle» au sens large. Une entreprise existe à l'intérieur d'un cadre juridique, unique propriétaire, société ou compagnie limitée. Lorsqu'il réfère à la structure juridique de l'entreprise, le législateur entend le cadre juridique à l'intérieur duquel fonctionnent patron, employés, cadres et salariés. Le mot «entreprise» ne s'adresse donc pas qu'à la fonction précise exercée par un salarié. Il réfère à l'ensemble des composantes d'une affaire . . .

Le juge Landry élabore ensuite sur les notions d'aliénation et de concession:

Pour qu'il y ait aliénation ou concession d'une entreprise, il est nécessaire que celui qui détient le droit de propriété dans l'entreprise pose un acte juridique qui a comme conséquence de transporter à une autre personne un droit quelconque dans l'entreprise . . .

L'aliénation dont parle l'article 45 du *Code du travail* doit donc être une aliénation faite par l'employeur mentionné dans le certificat d'accréditation ou encore par une personne légalement autorisée par la loi ou l'employeur à ce faire (à l'exclusion de la vente en justice) de toute ou partie de l'entreprise de l'employeur. Dans un tel cas, l'acquéreur de toute ou partie de l'entreprise sera lié par l'accréditation obtenue par des salariés de l'employeur précédent.

Aux pages 984 et 985, le juge Landry tire les conclusions de ces prémisses qui l'amènent évidem-

to authorize issuance of a writ of evocation. He added the following observations:

[TRANSLATION] What was the undertaking of MBD and Netco on July 1, 1979? For each of the schools, the undertaking of each of these employers was a janitorial service undertaking with a limited duration, namely a period of one year. It was not an undertaking for an indefinite time.

How can it be said that the effect of the certification is to create an undertaking that goes beyond the limits of the employer's undertaking? The employees certainly could not claim that the certification in such a case guarantees them more rights in respect of the school board than their own employer has

However, the certification does not take away the right of the school board to issue calls for tenders and award its contracts to another subcontractor. In such a case, the new subcontractor is not continuing his competitor's undertaking or a part of that undertaking. The undertaking in question is his own.

. . . The effect of the certification here was thus to protect the employees in respect of an undertaking of a limited duration, subject to possible renewals by the school board.

As can be seen, Landry J.'s opinion is substantially similar to that of the minority judges of the Labour Court as to the requirement of a legal relation between subcontractors, the identification and concept of the undertaking and the jurisdictional nature of these questions.

5. *The Judgment of the Court of Appeal*

The judgment is brief. The preamble contains a single clause approving the Superior Court judgment:

[TRANSLATION] WHEREAS the decision of the Superior Court is correct;

III—Terminology

At the beginning of these reasons, I placed in quotation marks the words "subcontractor" and "subcontracting" used in the case at bar by most of the judges of the Labour Court, by the Superior Court and by the parties in their *facta* to refer to *MBD*, *Netco* and *Services Ménagers Roy*, or to the contract awarded to each of these entities. The

ment à autoriser l'émission d'un bref d'évocation. Il y ajoute les considérations suivantes:

Au 1^{er} juillet 1979, quelle était l'entreprise de MBD et Netco? En regard de chacune des écoles, l'entreprise de chacun de ces employeurs était une entreprise d'entretien ménager d'une durée limitée, savoir une période d'un an. Il ne s'agissait pas d'une entreprise indéfinie dans le temps.

Comment pourrait-on prétendre que l'accréditation a pour effet de créer une entreprise qui dépasse le cadre de l'entreprise de l'employeur? Les salariés ne sauraient prétendre que l'accréditation dans un tel cas leur donne l'assurance qu'ils auront plus de droits à l'égard de la commission scolaire que n'en possède leur propre employeur . . .

L'accréditation n'enlève pas cependant le droit que possède la commission scolaire d'attribuer ses contrats suite à des appels d'offres à un autre sous-traitant. Dans un tel cas, le nouveau sous-traitant ne continue pas l'entreprise ou partie de l'entreprise de son concurrent. C'est de sa propre entreprise dont il s'agit.

. . . L'accréditation a donc eu pour effet ici de protéger les salariés à l'égard d'une entreprise d'une durée limitée sujette à des renouvellements possibles de la part de la commission scolaire.

Comme on peut s'en rendre compte, l'opinion du juge Landry est substantiellement semblable à celle des juges minoritaires du Tribunal du travail sur la nécessité d'un lien de droit entre sous-traitants, sur l'identification et la notion de l'entreprise de même que sur le caractère juridictionnel de ces questions.

5. *L'arrêt de la Cour d'appel*

C'est un arrêt laconique. Il comporte un seul considérant qui endosse le jugement de la Cour supérieure:

CONSIDÉRANT que le jugement de première instance est bien fondé;

III—La terminologie

Au tout début de ces motifs, j'ai placé entre guillemets les expressions «sous-traitant» et «sous-traitance» qui sont employées en l'espèce par la plupart des juges du Tribunal du travail, par la Cour supérieure de même que par les parties dans leur mémoire pour désigner *MBD*, *Netco* et *Services Ménagers Roy* ou le contrat octroyé à chacun

labour commissioner, Réal Bibeault, however called *MBD, Netco* and *Services Ménagers Roy* [TRANSLATION] “contractors for janitorial services”. The only judge who dealt with this point was Judge Morin, who at p. 138 referred in passing to the *Quillet* dictionary, to give the following definition to the word “subcontractor”:

[TRANSLATION] . . . person assuming responsibility for certain parts of a project, supply contract or undertaking for which another has overall responsibility

Some clarification is called for.

The words “subcontractor” and “subcontracting” and the definition given to them by Judge Morin may suggest that the subcontractors in question here are subordinate contractors or subcontractors whose work corresponds to the first definition of subcontracting proposed by Gérard Dion in *Dictionnaire canadien des relations du travail* (2^e éd. 1986), at p. 449:

[TRANSLATION] Part of a project assigned to a principal contractor accepted on a subordinate basis by a specialized contractor.

In actual fact, *MBD, Netco* and *Services Ménagers Roy* are contractors, as the labour commissioner Réal Bibeault stated, not subcontractors. They are parties to a contract for the lease and hire of work and one might apply to them the definition of a contractor found at p. 192 of Gérard Dion’s dictionary:

[TRANSLATION] Person who undertakes by contract . . . to perform given work for a definite price. Such person usually has complete freedom in performing the work subject to the terms of the contract.

However, one may also apply to their work the second definition of subcontracting proposed by Gérard Dion, *op. cit.*, at p. 449:

[TRANSLATION] Practice by which an organization assigns the performance of certain work to an independent specialized contractor. This contractor assumes complete responsibility for this work, which he performs himself or has performed by his own employees, either on the premises of the party awarding the contract (e.g. janitorial services, food services and so on), or outside in his own establishment . . . A business may use subcon-

d’entre eux. Le commissaire du travail, Réal Bibeault, pour sa part, appelle *MBD, Netco* et *Services Ménagers Roy* des «entrepreneurs en service ménager» ou des «contracteurs de service ménager». Le seul juge qui touche à cette question est le juge Morin qui, à la p. 138, réfère en passant au dictionnaire *Quillet* pour donner du sous-traitant la définition suivante:

. . . celui qui se charge de quelques parties d’un travail, d’une fourniture, d’une entreprise dont un autre a été chargé pour la totalité

Une mise au point s’impose à ce sujet.

Les expressions «sous-traitant» et «sous-traitance» de même que la définition qu’en donne le juge Morin peuvent laisser entendre que les sous-traitants dont il est question en l’espèce sont des entrepreneurs en sous-ordre ou sous-entrepreneurs dont les travaux répondraient à la première définition de la sous-traitance que propose Gérard Dion dans *Dictionnaire canadien des relations du travail* (2^e éd. 1986), à la p. 449:

Partie d’un travail, concédée à un entrepreneur principal, prise en sous-ordre par un entrepreneur spécialisé.

En réalité, *MBD, Netco* et *Services Ménagers Roy* sont des entrepreneurs, comme le dit le commissaire du travail, Réal Bibeault, et non pas des sous-entrepreneurs. Ils sont parties à un contrat de louage d’ouvrage et l’on pourrait leur appliquer la définition de l’entrepreneur que l’on trouve à la p. 192 du dictionnaire de Gérard Dion:

Personne qui s’engage par contrat [. . .] à accomplir un travail déterminé moyennant un certain prix. Habituellement, cette personne a toute liberté d’action dans l’exécution de ce travail sous réserve des conditions stipulées dans le contrat.

Mais l’on peut également appliquer à leurs travaux la seconde définition de la sous-traitance que propose Gérard Dion, *op. cit.*, à la p. 449:

Pratique par laquelle une organisation confie l’exécution de certains travaux à un entrepreneur spécialisé autonome. Cet entrepreneur assume l’entière responsabilité de ces travaux qu’il exécute lui-même ou par l’entremise de son propre personnel, soit dans les locaux de celui qui a accordé le contrat (v.g. entretien ménager, services alimentaires, etc.), soit à l’extérieur dans son propre établissement [. . .] L’entreprise peut recourir à la sous-

tractors for various reasons: lower cost, lack of materials or labour, specialized personnel, emergency requirements and so on.

I believe that the Labour Court judges, the Superior Court and the parties in their facta intend this second meaning rather than the first when they speak of subcontractors and subcontracting. I propose to adopt this usage in the case at bar as well, since it appears in Gérard Dion's dictionary and avoids ambiguity.

IV—The Submissions of the Parties

The arguments made by the appellant can be reduced to two propositions:

- (1) the Superior Court, and subsequently the Court of Appeal, despite the existence of a privative clause in the *Labour Code*, erred in justifying their intervention by the theory of questions "preliminary" or "collateral" to the exercise of jurisdiction, and in holding that the existence of an alienation or operation by another of an undertaking within the meaning of the *Civil Code* is a prerequisite to exercise of the power to issue a record of the transfer of rights and obligations;
- (2) the interpretation of s. 45 by the labour commissioner and the Labour Court is the correct one: at least, it cannot be argued that it is a patently unreasonable interpretation, any more than, as the appellant concedes, the interpretation of the minority of the Labour Court can be regarded as patently unreasonable.

Respondent, for its part, maintained the contrary propositions supported by the mis en cause *C.S.R.O.* and *Services Ménagers Roy*.

As explained below, these two submissions may at first glance appear to be inconsistent.

The first submission requires the Court to decide whether the labour commissioner and the Labour Court have the jurisdiction necessary to make the decisions which they made, without being subject to judicial review in the event that they erred in law.

traitance pour diverses raisons: coût moindre du travail, manque de matériaux ou de main-d'œuvre, de personnel spécialisé, urgence de la situation, etc.

Je pense que c'est plutôt dans ce deuxième sens que la plupart des juges du Tribunal du travail, la Cour supérieure et les parties dans leur mémoire parlent de sous-traitants et de sous-traitance. C'est un usage que je me propose de suivre également en l'espèce, vu sa consécration dans le dictionnaire de Gérard Dion et pour éviter les ambiguïtés.

IV—Moyens invoqués par les parties

Les moyens invoqués par l'appelant se ramènent essentiellement à deux propositions:

- (1) La Cour supérieure, et la Cour d'appel à sa suite, ont erré en justifiant leur intervention, malgré l'existence d'une clause privative dans le *Code du travail*, par la théorie dite des conditions préliminaires ou préalables à l'exercice d'une compétence et en décidant que l'existence d'une aliénation ou d'une concession d'entreprise au sens du droit civil est une condition préliminaire ou préalable à l'exercice du pouvoir d'émettre un constat de transmission de droits et d'obligations.
- (2) L'interprétation de l'art. 45 par le commissaire du travail et le Tribunal du travail est la bonne interprétation. On ne saurait du moins soutenir qu'il s'agit d'une interprétation manifestement déraisonnable, pas plus d'ailleurs, concède l'appelant, que l'interprétation de la minorité des juges du Tribunal du travail.

L'intimée, pour sa part, soutient les propositions contraires, appuyé par les mises en cause *C.S.R.O.* et *Services Ménagers Roy*.

Comme il est expliqué ci-après, ces deux moyens peuvent à première vue sembler incompatibles.

Le premier moyen tend à faire décider si, oui ou non, le commissaire du travail et le Tribunal du travail possèdent la compétence requise pour rendre les décisions qu'ils ont rendues, sans qu'il y ait ouverture à révision judiciaire dans l'hypothèse où ils auraient erré en droit.

The second submission assumes an affirmative response to the question raised by the first but raises the issue of whether, in the exercise of their jurisdiction, the labour commissioner and the Labour Court lost their jurisdiction by giving ss. 45 and 46 a patently unreasonable interpretation.

The two submissions were made by the appellant alternatively. The Superior Court and the Court of Appeal did not address the second, but the respondent made the question of patent unreasonableness its first submission, and in its factum, the appellant sought to answer the submission in advance.

I will state my conclusions before proceeding any further: the interpretation of s. 45 by the labour commissioner and the Labour Court is in error and the errors are jurisdictional in nature. However, I arrive at these conclusions for reasons which differ from those of the Superior Court and the Court of Appeal. In view of these conclusions, it is not necessary to decide whether the errors made by the labour commissioner and the Labour Court are patently unreasonable.

V—The Jurisdiction of Labour Commissioner Under ss. 45 and 46

1. Introduction

Did the labour commissioner and the Labour Court, in deciding whether there was a transfer of rights and obligations under s. 45 when the C.S.R.O. awarded a contract for janitorial services, perform an act which was within their jurisdiction *stricto sensu*? That is the first point this Court must decide. In other words, if the decisions of the labour commissioner and the Labour Court are in error, are they subject to judicial review by the superior courts?

The appeal thus raises once again the always difficult, delicate and controversial question of the exercise by superior courts of their superintending and reforming power over administrative tribunals. I do not intend to undertake an exhaustive study of the rules governing the exercise of this superintending and reforming power. I shall confine myself to cases in which the administrative tri-

Le second moyen postule une réponse affirmative à la question soulevée par le premier mais vise à faire décider si, dans l'exercice de leur compétence, le commissaire du travail et le Tribunal du travail auraient perdu compétence en donnant aux art. 45 et 46 une interprétation manifestement déraisonnable.

Ces deux moyens sont soulevés à titre alternatif par l'appelant. La Cour supérieure et la Cour d'appel ne disent rien du second, mais l'intimée en fait son premier moyen et l'appelant, dans son mémoire, tente d'y répondre par anticipation.

J'indique dès maintenant mes conclusions: l'interprétation de l'art. 45 par le commissaire du travail et le Tribunal du travail est erronée et les erreurs sont d'ordre juridictionnel. J'arrive toutefois à ces conclusions pour des motifs qui diffèrent de ceux de la Cour supérieure et de la Cour d'appel. Vu ces conclusions, il n'est pas nécessaire de décider si les erreurs commises par le commissaire du travail et le Tribunal du travail sont manifestement déraisonnables.

V—La compétence du commissaire du travail en vertu des art. 45 et 46

1. Introduction

En décidant s'il y a transmission de droits et obligations aux termes de l'art. 45 à l'occasion de la concession d'un contrat d'entretien ménager par la C.S.R.O., le commissaire du travail et le Tribunal du travail posent-ils un acte qui relève de leur compétence, *stricto sensu*? C'est ce qu'il faut d'abord décider. En d'autres termes, les décisions du commissaire du travail et du Tribunal du travail, si elles sont erronées, donnent-elles ouverture à la révision judiciaire des tribunaux supérieurs?

Le pourvoi soulève donc une fois de plus le problème toujours difficile, délicat et controversé de l'exercice par les tribunaux supérieurs de leur pouvoir de surveillance et de contrôle des tribunaux administratifs. Je n'ai pas l'intention d'entreprendre une étude exhaustive des principes qui régissent l'exercice de ce pouvoir de surveillance et de contrôle. Je m'en tiendrai au cas où le tribunal

bunal has erred in law in its decision. Nevertheless, it seems advisable before analysing the jurisdiction of the labour commissioner to make certain preliminary observations on the analytical methods to be used in deciding when a matter is jurisdictional in nature.

2. Analytical Methods

As I indicated in the preceding section, the parties considered the jurisdiction of the labour commissioner in two lights: first, does one of the events mentioned in s. 45, namely the alienation of an undertaking or its operation by another, constitute a preliminary question or, in other words, a prerequisite to the exercise of the power conferred by s. 46? And secondly, is the interpretation given to s. 45 by the labour commissioner and the Labour Court patently unreasonable?

S. A. de Smith (*Judicial Review of Administrative Action* (4th ed. 1980), at p. 114) defines a preliminary question as follows: "A preliminary or collateral question is said to be one that is collateral to 'the merits' or to 'the very essence of the inquiry'; it is 'not the main question which the tribunal has to decide'" (footnote references omitted). In so far as the determination of whether the prerequisite has been met (the preliminary or collateral question) is not the main question which the tribunal has to decide, it is not within its jurisdiction *stricto sensu*. I say *stricto sensu* because the tribunal is generally required to decide the preliminary or collateral question as well, before exercising the powers it has, but as this question determines its jurisdiction it cannot err in deciding it. Any error in the matter amounts to a refusal to exercise its jurisdiction *stricto sensu* or an excess of jurisdiction *stricto sensu* by the Court, and makes its decision illegal and void.

The concept of a prerequisite, or what amounts to the same thing, of a preliminary or collateral question, has been the subject of both scholarly and judicial analysis. As an example, I refer to the following passage from *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412, at p. 421:

administratif a erré en droit dans sa décision. Il me paraît néanmoins utile, avant d'analyser la compétence du commissaire du travail, de faire quelques observations préliminaires sur les méthodes d'analyse qui permettent de décider quand une question est d'ordre juridictionnel.

2. Méthodes d'analyse

Comme je l'indique dans le chapitre qui précède, les parties considèrent sous deux aspects la compétence du commissaire du travail. En premier lieu, l'un des événements mentionnés à l'art. 45, savoir l'aliénation ou la concession d'une entreprise, constitue-t-il une condition préalable à l'exercice du pouvoir conféré par l'art. 46? Et en deuxième lieu, l'interprétation donnée à l'art. 45 par le commissaire du travail et le Tribunal du travail est-elle manifestement déraisonnable?

S. A. de Smith (*Judicial Review of Administrative Action* (4th ed. 1980), à la p. 114) définit comme suit la condition préalable: [TRADUCTION] «On dit qu'une question préliminaire ou incidente est incidente au «fond» ou à «l'essence même de l'enquête»; il ne s'agit pas «de la question principale que le tribunal doit trancher»» (renvois omis). Dans la mesure où la détermination de l'existence de la condition préalable (la question préliminaire ou incidente) n'est pas la question principale que le tribunal doit trancher, elle ne relève pas de sa compétence *stricto sensu*. Je dis *stricto sensu* parce que le tribunal est généralement tenu de la trancher elle aussi, avant d'exercer les pouvoirs qui lui sont propres, mais comme cette question détermine sa compétence, il ne peut errer en la tranchant. Toute erreur en la matière entraîne un refus d'exercer sa compétence *stricto sensu* ou un excès de compétence *stricto sensu* de la part du tribunal et frappe sa décision d'illégalité et de nullité.

La notion de la condition préalable ou, ce qui revient au même, de la question préliminaire ou incidente, a fait l'objet de critiques tant en doctrine qu'en jurisprudence. Je cite à titre d'exemple le passage suivant tiré de *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412, à la p. 421:

This ... is a fleeting and vague concept against which the courts were warned by this Court in *New Brunswick Liquor Corporation (supra)*, at p. 233

As Lamer J. pointed out in *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476, at pp. 490-91, the difficulty presented by the concept of the preliminary or collateral question is the absence of any coherent test for distinguishing what is in fact preliminary. To use the language of Lamer J., the current tendency "is thus to limit the concept of a 'preliminary question' as far as possible" (*Blanchard, supra*, at p. 491).

The idea of a "patently unreasonable interpretation" is a part of this current tendency. According to this idea, which took shape in *Canadian Union of Public Employees Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, a tribunal that interprets legislation in a patently unreasonable manner exceeds its jurisdiction even though *stricto sensu* it has jurisdiction to answer the question. In *New Brunswick Liquor Corp., supra*, it was argued that the interpretation of s. 102(3) of the *Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-25, by the Public Service Labour Relations Board had resulted in an excess of jurisdiction. Dickson J., as he then was, at p. 233 rejected the concept of the preliminary or collateral question because it did not assist in the determination of the Board's jurisdiction. He then examined the wording of the Act and the legislative purpose in enacting it and in creating a specialized Board; he also considered the area of expertise of members of the Board and concluded at p. 236 that "[t]he interpretation of s. 102(3) would seem to lie logically at the heart of the specialized jurisdiction confided to the Board". As interpretation of the provision was within the Board's jurisdiction *stricto sensu*, the Board could err in its interpretation provided its errors were not "patently unreasonable". At page 237, Dickson J. illustrated what he meant by this with examples taken from *Service Employees' International Union, Local No. 333 v.*

... il s'agit là d'une notion fuyante et incertaine contre laquelle cette Cour a mis les tribunaux en garde, dans l'arrêt *Société des alcools du Nouveau-Brunswick* (précité), à la p. 233

^a Comme le souligne le juge Lamer dans *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, aux pp. 490 et 491, la difficulté que soulève la notion de condition préalable est l'absence de critère cohérent qui permette de distinguer ce qui est préalable de ce qui ne l'est pas. Pour reprendre les termes du juge Lamer, la tendance actuelle «est donc de restreindre autant que possible la notion de 'question préliminaire'» ^b (*Blanchard*, précité, à la p. 491). ^c

C'est dans le courant de cette tendance actuelle que se situe la notion d'«interprétation manifestement déraisonnable». Selon cette notion, qui a pris ^d forme dans *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, le tribunal qui interprète un texte de loi d'une façon manifestement déraisonnable excède sa compétence, même s'il a, *stricto sensu*, compétence pour trancher la question. Dans *Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, précité, on plaidait que l'interprétation du par. 102(3) de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, chap. P-25, par la Commission des relations de travail dans les services publics avait entraîné un excès de compétence. Le juge Dickson, maintenant Juge en chef, écarte à la p. ^e 233 la notion de condition préalable parce qu'elle ne facilite pas la détermination de la compétence de la Commission. Il examine ensuite le libellé de la Loi, l'objectif poursuivi par le législateur en la promulguant et en constituant une commission ^f spécialisée; il considère également le domaine d'expertise des membres de la Commission pour conclure, à la p. 236, que «[l]ogiquement, il faut supposer que l'interprétation du par. 102(3) est au cœur de la compétence spécialisée conférée à la ^g Commission». Comme l'interprétation de la disposition relevait de la compétence *stricto sensu* de la Commission, celle-ci pouvait errer dans son interprétation, pourvu que ses erreurs ne soient pas ^h «manifestement déraisonnables». À la p. 237, le juge Dickson illustre ce qu'il faut entendre par là ⁱ au moyen d'exemples tirés de l'arrêt *Union inter-* ^j

Nipawin District Staff Nurses Association, [1975] 1 S.C.R. 382, at p. 389:

... acting in bad faith, basing the decision on extraneous matters, failing to take relevant factors into account, breaching the provisions of natural justice or misinterpreting the provisions of the Act so as to embark on an inquiry or answer a question not remitted to it.

In short, Dickson J. concluded, an error is patently unreasonable when "its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation" and "demands intervention by the court upon review". As the interpretation adopted by the Board in that case was not of this nature, it was not subject to judicial review.

It should however be carefully borne in mind that *New Brunswick Liquor Corp.*, *supra*, does not mean that only a patently unreasonable error can lead to an excess of jurisdiction. In *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie*, *supra*, at pp. 420-21, this Court had occasion to consider the nature of the errors which result in an excess of jurisdiction:

A mere error of law is an error committed by an administrative tribunal in good faith in interpreting or applying a provision of its enabling Act, of another Act, or of an agreement or other document which it has to interpret and apply within the limits of its jurisdiction.

A mere error of law is to be distinguished from one resulting from a patently unreasonable interpretation of a provision which an administrative tribunal is required to apply within the limits of its jurisdiction. This kind of error amounts to a fraud on the law or a deliberate refusal to comply with it ... An error of this kind is treated as an act which is done arbitrarily or in bad faith and is contrary to the principles of natural justice. Such an error falls within the scope of s. 28(1)(a) of the *Federal Court Act*, and is subject to having the decision containing it set aside.

A mere error of law should also be distinguished from a jurisdictional error. This relates generally to a provision which confers jurisdiction, that is, one which describes, lists and limits the powers of an administrative tribunal, or which is [TRANSLATION] "intended to

nationale des employés des services, local no. 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association, [1975] 1 R.C.S. 382, à la p. 389:

... le fait d'agir de mauvaise foi, de fonder la décision sur des données étrangères à la question, d'omettre de tenir compte de facteurs pertinents, d'enfreindre les règles de la justice naturelle ou d'interpréter erronément les dispositions du texte législatif de façon à entreprendre une enquête ou répondre à une question dont [elle] n'est pas saisie.

Bref, conclut le juge Dickson, une erreur est manifestement déraisonnable lorsqu'elle est «déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente» et au point «d'exiger une intervention judiciaire». L'interprétation adoptée par la Commission dans cette affaire-là n'ayant pas ce caractère, elle n'était pas susceptible de révision judiciaire.

Il faut prendre garde cependant que l'arrêt *Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, précité, ne signifie pas que seule une erreur manifestement déraisonnable est susceptible d'entraîner un excès de compétence. Dans l'affaire *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie*, précitée, aux pp. 420 et 421, cette Cour a eu l'occasion de considérer la nature des erreurs qui entraînent un excès de compétence:

La simple erreur de droit est l'erreur commise de bonne foi par un tribunal administratif dans l'interprétation ou l'application d'une disposition de sa loi constitutive, d'une autre loi, d'une convention ou d'un autre document qu'il est chargé d'interpréter et d'appliquer dans les cadres de sa compétence.

La simple erreur de droit se distingue de celle qui résulte d'une interprétation manifestement déraisonnable d'une disposition qu'un tribunal administratif est chargé d'appliquer dans les cadres de sa compétence. Cette sorte d'erreur équivaut à une fraude à la loi ou à un refus délibéré d'y obéir [...] Une erreur de cette nature est assimilée à un acte arbitraire ou posé de mauvaise foi et contraire aux principes de la justice naturelle. Une telle erreur est visée par l'al. 28(1)(a) de la *Loi sur la Cour fédérale* et justifie l'annulation de la décision qui en est entachée.

Il faut également distinguer la simple erreur de droit de l'erreur de compétence ou erreur juridictionnelle. Celle-ci porte généralement sur une disposition attributive de compétence, c'est-à-dire sur une disposition qui décrit, énumère et limite les pouvoirs d'un tribunal

circumscribe the authority” of that tribunal, as Pigeon J. said in *Komo Construction Inc. v. Commission des relations de travail du Québec*, [1968] S.C.R. 172 at p. 175. A jurisdictional error results generally in an excess of jurisdiction or a refusal to exercise jurisdiction, whether at the start of the hearing, during it, in the findings or in the order disposing of the matter. Such an error, even if committed in the best possible good faith, will result nonetheless in the decision containing it being set aside

In its decision a tribunal may have to decide various questions of law. Certain of these questions fall within the jurisdiction conferred on the tribunal; other questions however may concern the limits of its jurisdiction.

It is, I think, possible to summarize in two propositions the circumstances in which an administrative tribunal will exceed its jurisdiction because of error:

1. if the question of law at issue is within the tribunal's jurisdiction, it will only exceed its jurisdiction if it errs in a patently unreasonable manner; a tribunal which is competent to answer a question may make errors in so doing without being subject to judicial review;
2. if however the question at issue concerns a legislative provision limiting the tribunal's powers, a mere error will cause it to lose jurisdiction and subject the tribunal to judicial review.

The idea of the preliminary or collateral question is based on the principle that the jurisdiction conferred on administrative tribunals and other bodies created by statute is limited, and that such a tribunal cannot by a misinterpretation of an enactment assume a power not given to it by the legislator. The theoretical basis of this idea is therefore unimpeachable—which may explain why it has never been squarely repudiated: any grant of jurisdiction will necessarily include limits to the jurisdiction granted, and any grant of a power remains subject to conditions. The principle itself presents no difficulty, but its application is another matter.

administratif ou qui est «destiné(e) à circonscrire le champ d'activité» de ce tribunal comme le dit le juge Pigeon dans *Komo Construction Inc. c. Commission des relations de travail du Québec*, [1968] R.C.S. 172 à la p. 175. L'erreur juridictionnelle entraîne le plus souvent un excès de compétence ou un refus d'exercer une compétence, soit dans l'ouverture d'une enquête, soit en cours d'enquête, soit encore dans ses conclusions ou son dispositif. Une telle erreur, même commise de la meilleure foi du monde, entraîne néanmoins l'annulation de la décision qui en est entachée . . .

Dans sa décision, il se peut qu'un tribunal doive trancher diverses questions de droit. Plusieurs de ces questions relèvent de la compétence conférée au tribunal; d'autres questions par contre peuvent être relatives aux limites de sa compétence.

On peut je pense résumer en deux propositions les circonstances dans lesquelles un tribunal administratif excède sa compétence à cause d'une erreur:

1. Si la question de droit en cause relève de la compétence du tribunal, le tribunal n'excède sa compétence que s'il erre d'une façon manifestement déraisonnable. Le tribunal qui est compétent pour trancher une question peut, ce faisant, commettre des erreurs sans donner ouverture à la révision judiciaire.
2. Si, par contre, la question en cause porte sur une disposition législative qui limite les pouvoirs du tribunal, une simple erreur fait perdre compétence et donne ouverture à la révision judiciaire.

Quant à la notion de condition préalable, elle est fondée sur le principe qui veut que la compétence conférée aux tribunaux administratifs et à d'autres organismes créés par la loi soit limitée, et qu'un tel tribunal ne puisse, par une interprétation erronée d'une disposition de loi, s'arroger un pouvoir que le législateur ne lui a pas donné. Le fondement théorique de cette notion est donc inattaquable (ce qui explique peut-être pourquoi on ne l'a jamais définitivement repudiée): tout octroi de compétence comporte nécessairement des limites à la compétence octroyée et tout octroi de pouvoir reste soumis à des conditions. Le principe même ne pose aucune difficulté, mais il en va autrement de son application.

The theory of the preliminary or collateral question does not appear to recognize that the legislator may intend to give an administrative tribunal, expressly or by implication, the power to determine whether certain conditions of law or fact placed on the exercise of its power do exist. It is not always true that each of these conditions limits the tribunal's authority; but except where the legislator is explicit, how can one distinguish a condition which the legislator intended to leave to the exclusive determination of the administrative tribunal from a condition which limits its authority and as to which it may not err? One can make the distinction only by means of a more or less formalistic categorization. Such a categorization often runs the risk of being arbitrary and which may in particular unduly extend the superintending and reforming power of the superior courts by transforming it into a disguised right of appeal.

The concept of the preliminary or collateral question diverts the courts from the real problem of judicial review: it substitutes the question "Is this a preliminary or collateral question to the exercise of the tribunal's power?" for the only question which should be asked, "Did the legislator intend the question to be within the jurisdiction conferred on the tribunal?"

The chief problem in a case of judicial review is determining the jurisdiction of the tribunal whose decision is impugned. The courts, including this Court, have often remarked on the difficulty of the task. I doubt whether it is possible to state a simple and precise rule for identifying a question of jurisdiction, given the fluidity of the concept of jurisdiction and the many ways in which jurisdiction is conferred on administrative tribunals. De Smith points out:

In approaching the solution to a particular case [on judicial review], the crucial questions will often be: What are the context and purpose of the legislation in question? What significance is to be attributed to the language in which a grant of statutory power is worded? To a large extent judicial review of administrative action is a specialized branch of statutory interpretation. [Emphasis added.]

(S. A. de Smith, *Constitutional and Administrative Law* (4th ed. 1981), at p. 558.)

La théorie des conditions préalables ne paraît pas reconnaître que le législateur peut vouloir donner, explicitement ou implicitement, à un tribunal administratif le pouvoir de déterminer si certaines conditions de droit ou de fait à l'exercice de son pouvoir existent effectivement. Il n'est pas toujours exact en effet que chacune de ces conditions limite l'autorité du tribunal. Mais, sauf lorsque le législateur est explicite, comment faire pour distinguer une condition que le législateur a voulu laisser à l'appréciation souveraine du tribunal administratif, d'une condition qui limite son autorité et à propos de laquelle il lui est interdit de se tromper? On ne peut le faire que par une qualification plus ou moins formaliste qui risque souvent d'être arbitraire, et qui risque surtout d'étendre indûment le pouvoir de contrôle et de surveillance des tribunaux supérieurs en le transformant en droit d'appel déguisé.

La notion de condition préalable détourne les tribunaux du véritable problème du contrôle judiciaire: elle substitue la question «S'agit-il d'une condition préalable à l'exercice du pouvoir du tribunal?» à la seule question qu'il faut se poser, «Le législateur a-t-il voulu qu'une telle matière relève de la compétence conférée au tribunal?»

Le principal problème en matière de contrôle judiciaire est la détermination de la compétence du tribunal dont la décision est attaquée. Les tribunaux, dont cette Cour, ont souvent souligné la difficulté de la tâche. Je doute qu'il soit possible d'énoncer une règle simple et précise pour l'identification d'une question de compétence, étant donné la nature fluide du concept de compétence et les multiples façons dont la compétence est conférée aux tribunaux administratifs. De Smith souligne:

[TRADUCTION] Dans la recherche de la solution d'une affaire en particulier [à l'occasion d'un examen judiciaire], les questions cruciales seront souvent: Quels sont le contexte et l'objectif de la loi en cause? Quelle importance faut-il accorder au langage dans lequel une attribution de pouvoir est formulée? Dans une large mesure, l'examen judiciaire d'un acte administratif est une division spécialisée de l'interprétation des lois. [Je souligne.]

(S. A. de Smith, *Constitutional and Administrative Law* (4th ed. 1981), à la p. 558.)

Considering the challenge posed by statutory interpretation even in the most favorable circumstances, the great number of rules of interpretation and their inconsistencies, it is hardly surprising that the courts have recognized how difficult it is to determine the jurisdiction of an administrative tribunal.

However, by limiting the concept of the preliminary or collateral question and by introducing the doctrine of the patently unreasonable interpretation, this Court has signalled the development of a new approach to determining jurisdictional questions.

The formalistic analysis of the preliminary or collateral question theory is giving way to a pragmatic and functional analysis, hitherto associated with the concept of the patently unreasonable error. At first sight it may appear that the functional analysis applied to cases of patently unreasonable error is not suitable for cases in which an error is alleged in respect of a legislative provision limiting a tribunal's jurisdiction. The difference between these two types of error is clear: only a patently unreasonable error results in an excess of jurisdiction when the question at issue is within the tribunal's jurisdiction, whereas in the case of a legislative provision limiting the tribunal's jurisdiction, a simple error will result in a loss of jurisdiction. It is nevertheless true that the first step in the analysis necessary in the concept of a "patently unreasonable" error involves determining the jurisdiction of the administrative tribunal. At this stage, the Court examines not only the wording of the enactment conferring jurisdiction on the administrative tribunal, but the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise of its members and the nature of the problem before the tribunal. At this initial stage a pragmatic or functional analysis is just as suited to a case in which an error is alleged in the interpretation of a provision limiting the administrative tribunal's jurisdiction: in a case where a patently unreasonable error is alleged on a question within the jurisdiction of the tribunal, as in a case where simple error is alleged regarding a

Considérant le défi que présente l'interprétation des lois même dans les circonstances les plus favorables, le nombre élevé des règles d'interprétation et leurs contradictions, il n'est guère surprenant que les tribunaux aient reconnu combien est ardue la tâche de déterminer la compétence d'un tribunal administratif.

Cependant, en restreignant la notion de la condition préalable et en introduisant la doctrine de l'interprétation manifestement déraisonnable, cette Cour signale l'évolution d'une nouvelle façon de cerner les questions d'ordre juridictionnel.

L'analyse formaliste de la doctrine de la condition préalable cède le pas à une analyse pragmatique et fonctionnelle, associée jusqu'ici à la notion d'erreur manifestement déraisonnable. À première vue, il peut paraître que l'analyse fonctionnelle appliquée jusqu'ici aux cas d'erreur manifestement déraisonnable ne convienne pas aux cas où l'on allègue une erreur au sujet d'une disposition législative qui circonscrit la compétence d'un tribunal. La différence entre ces deux espèces d'erreur est évidente: seule une erreur manifestement déraisonnable entraîne un excès de compétence quand la question en cause relève de la compétence du tribunal tandis que, quand il s'agit d'une disposition législative qui circonscrit la compétence du tribunal, une simple erreur entraîne une perte de compétence. Il n'en reste pas moins que la première étape de l'analyse nécessaire à la notion de l'erreur «manifestement déraisonnable» consiste à déterminer la compétence du tribunal administratif. À cette étape, la Cour examine non seulement le libellé de la disposition législative qui confère la compétence au tribunal administratif, mais également l'objet de la loi qui crée le tribunal, la raison d'être de ce tribunal, le domaine d'expertise de ses membres, et la nature du problème soumis au tribunal. L'analyse pragmatique ou fonctionnelle, à cette première étape, convient tout aussi bien pour le cas où l'on allègue une erreur dans l'interprétation d'une disposition qui circonscrit la compétence du tribunal administratif: dans le cas où l'on allègue une erreur manifestement déraisonna-

provision limiting that jurisdiction, the first step involves determining the tribunal's jurisdiction.

This development seems to me to offer three advantages. First, it focuses the Court's inquiry directly on the intent of the legislator rather than on interpretation of an isolated provision. Determining the legislator's intent is especially desirable when the Court has to intervene in the decisions of administrative tribunals such as the labour commissioner or Labour Court. In *New Brunswick Liquor Corp.*, *supra*, at pp. 235-36, Dickson J. observed:

Section 101 [a privative clause] constitutes a clear statutory direction on the part of the Legislature that public sector labour matters be promptly and finally decided by the Board. Privative clauses of this type are typically found in labour relations legislation. The rationale for protection of a labour board's decisions within jurisdiction is straightforward and compelling. The labour board is a specialized tribunal which administers a comprehensive statute regulating labour relations. In the administration of that regime, a board is called upon not only to find facts and decide questions of law, but also to exercise its understanding of the body of jurisprudence that has developed around the collective bargaining system, as understood in Canada, and its labour relations sense acquired from accumulated experience in the area. [Emphasis added.]

These observations are equally applicable to the labour commissioner and the Labour Court.

Second, a pragmatic or functional analysis is better suited to the concept of jurisdiction and the consequences that flow from a grant of powers. In *Judicial Review of Administrative Action*, *op. cit.*, at p. 110, S. A. de Smith writes:

Jurisdiction means authority to decide. Whenever a judicial tribunal is empowered or required to inquire into a question of law or fact for the purpose of giving a decision on it, its findings thereon cannot be impeached

ble sur une question qui relève de la compétence du tribunal comme dans le cas où l'on allègue une simple erreur sur une disposition qui circonscrit cette compétence, la première étape consiste à déterminer la compétence du tribunal.

Cette évolution me paraît comporter trois avantages. En premier lieu, elle fait porter l'enquête de la Cour directement sur l'intention du législateur plutôt que sur l'interprétation d'une disposition législative isolée. La détermination de l'intention du législateur est particulièrement souhaitable quand la Cour est appelée à intervenir dans les décisions des tribunaux administratifs tels que le commissaire du travail ou le Tribunal du travail. Dans l'affaire *Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, précitée, aux pp. 235 et 236, le juge Dickson remarque:

L'article 101 [une clause privative] révèle clairement la volonté du législateur que les différends du travail dans le secteur public soient réglés promptement et en dernier ressort par la Commission. Des clauses privatives de ce genre sont typiques dans les lois sur les relations de travail. On veut protéger les décisions d'une commission des relations de travail, lorsqu'elles relèvent de sa compétence, pour des raisons simples et impérieuses. La commission est un tribunal spécialisé chargé d'appliquer une loi régissant l'ensemble des relations de travail. Aux fins de l'administration de ce régime, une commission n'est pas seulement appelée à constater des faits et à trancher des questions de droit, mais également à recourir à sa compréhension du corps jurisprudentiel qui s'est développé à partir du système de négociation collective, tel qu'il est envisagé au Canada, et à sa perception des relations de travail acquise par une longue expérience dans ce domaine. [Je souligne.]

Ces remarques sont également applicables au commissaire du travail et au Tribunal du travail.

Deuxièmement, l'analyse pragmatique ou fonctionnelle convient mieux au concept de compétence et aux conséquences qui découlent d'un octroi de pouvoir. Dans son ouvrage *Judicial Review of Administrative Action*, *op. cit.*, à la p. 110, S. A. de Smith écrit:

[TRADUCTION] Compétence signifie pouvoir de décider. Chaque fois qu'un tribunal judiciaire a le pouvoir ou l'obligation d'examiner une question de droit ou de fait pour rendre une décision à son sujet, ses conclusions sur cette question ne peuvent être attaquées indirectement ou par une demande de *certiorari*; au contraire, elles ont

collaterally or on an application for certiorari but are binding until reversed on appeal.

Under the preliminary or collateral question theory, the mere fact that an administrative tribunal must answer a preliminary or collateral question before it may exercise its powers suffices to transform the question into a jurisdictional question. Thus, the order in which the tribunal deals with the questions presented to it may determine the nature of those questions. Such a theory tends to empty the concept of jurisdiction of its content. Jurisdiction *stricto sensu* is defined as the power to decide. The importance of a grant of jurisdiction relates not to the tribunal's capacity or duty to decide a question but to the determining effect of its decision. As S. A. de Smith points out, the tribunal's decision on a question within its jurisdiction is binding on the parties to the dispute. In the exercise of its superintending and reforming power, a superior court must not limit its inquiry to identifying the questions to be dealt with by the tribunal. The true problem of judicial review is to discover whether the legislator intended the tribunal's decision on these matters to be binding on the parties to the dispute, subject to the right of appeal if any.

The third and perhaps the most important of the reasons why a pragmatic or functional analysis seems more advantageous is that it puts renewed emphasis on the superintending and reforming function of the superior courts. When an administrative tribunal exceeds its jurisdiction, the illegality of its act is as serious as if it had acted in bad faith or ignored the rules of natural justice. The role of the superior courts in maintaining the rule of law is so important that it is given constitutional protection: *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220. Yet, the importance of judicial review implies that it should not be exercised unnecessarily, lest this extraordinary remedy lose its meaning.

I turn now to the analysis of the labour commissioner's jurisdiction. Essentially the question is whether the legislator intended that the interpretation the commissioner is called upon to give of s. 45 be within his jurisdiction *stricto sensu* and

force obligatoire jusqu'à ce qu'elles soient infirmées en appel.

Selon la théorie de la condition préalable, le simple fait qu'un tribunal administratif doit trancher une question de façon préalable ou incidente à l'exercice de ses pouvoirs suffit à la transformer en question d'ordre juridictionnel. Ainsi, l'ordre dans lequel le tribunal se penche sur les questions qui lui sont présentées peut être déterminant de la nature de ces questions. Une telle doctrine tend à vider le concept de compétence de son contenu. La compétence, *stricto sensu*, se définit comme le pouvoir de décider une question. L'importance d'un octroi de compétence se rattache non pas à la faculté ou à l'obligation du tribunal de traiter d'une question, mais au caractère déterminant de sa décision. Comme S. A. de Smith le souligne, la décision du tribunal sur une question qui relève de sa compétence lie les parties au litige. Dans l'exercice de son pouvoir de contrôle et surveillance, une cour supérieure ne doit pas restreindre son enquête à l'identification des questions dont le tribunal doit traiter. Le véritable problème du contrôle judiciaire est de savoir si le législateur veut que la décision du tribunal sur ces questions lie les parties au litige, sous réserve du droit d'appel, s'il en est.

La troisième et peut-être la plus importante des raisons pour lesquelles l'analyse pragmatique ou fonctionnelle me paraît avantageuse est qu'elle met de nouveau l'accent sur le rôle de contrôle et de surveillance joué par les cours supérieures. Quand un tribunal administratif excède sa compétence, l'illegalité de son acte est aussi grave que s'il avait agi de mauvaise foi ou avait ignoré les règles de la justice naturelle. Le rôle des cours supérieures dans le maintien de la légalité est si important qu'il bénéficie d'une protection constitutionnelle: *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220. Par ailleurs, l'importance du contrôle judiciaire implique qu'on ne devrait pas y avoir recours sans nécessité, sinon ce recours extraordinaire perdrait tout son sens.

Je passe maintenant à l'analyse de la compétence du commissaire du travail. Il s'agira essentiellement de voir si le législateur a voulu que l'interprétation que le commissaire est appelé à donner de l'art. 45 relève de sa compétence *stricto*

binding on the parties, with no right of judicial review.

3. *Analysis of Labour Commissioner's Jurisdiction*

In support of his argument that interpretation of s. 45 is not a question of a jurisdictional nature, counsel for the appellant maintained that the interpretation of the wording of s. 45 is inseparable from the power conferred on the labour commissioner in s. 46 to make an order recording the transfer of rights and obligations from one employer to another. He alleged in particular that determining whether an alienation or operation by another exists is the very focus of the commissioner's inquiry and is therefore within his jurisdiction *stricto sensu*. Though they are divided on the point, the courts have sometimes approved appellant's opinion (*Montreal Trust v. Tribunal du travail*, [1975] R.D.T. 353 (C.A.); *Lecavalier v. Syndicat national des employés de la Ville de Laval Inc.* (C.S.N.), [1976] C.S. 856; *Syndicat des employés municipaux de la Ville de Hull v. Hull (Ville de)*, [1985] C.A. 552). However, I cannot subscribe to this point of view for the following reasons.

The first point to be mentioned is that the application of s. 45 does not result from the commissioner's determination that the requirements of that section have been met. Section 45 applies automatically. The transfer of rights and obligations occurs as of right on the day of the alienation, operation by another or change in legal structure of the undertaking. No other conclusion can be drawn from the wording of s. 46, which I cite again:

46. An [*sic*] labour commissioner may make any order deemed necessary to record the transfer of rights and obligations provided for in section 45 and settle any difficulty arising out of the application thereof.

Under this section, the commissioner's role is limited to "recording" the transfer of rights and obligations guaranteed in s. 45. The French version is equally explicit: "Un commissaire du travail peut rendre toute ordonnance jugée nécessaire pour constater la transmission de droits et d'obligations . . ." (emphasis added). The commis-

sensu et lie les parties sans possibilité de révision judiciaire.

3. *Analyse de la compétence du commissaire du travail*

Au soutien de son argumentation voulant que l'interprétation de l'art. 45 ne pose pas une question d'ordre juridictionnel, le procureur de l'appellant plaide que l'interprétation du texte de l'art. 45 est inséparable du pouvoir conféré au commissaire du travail à l'art. 46 d'émettre une ordonnance constatant la transmission des droits et obligations d'un employeur à l'autre. Il allègue plus précisément que la détermination de l'existence d'une aliénation ou d'une concession constitue l'objet même de l'enquête du commissaire et relève par conséquent de sa compétence *stricto sensu*. Quoiqu'ils soient divisés sur le sujet, les tribunaux ont à l'occasion endossé l'opinion de l'appellant (*Montreal Trust c. Tribunal du travail*, [1975] R.D.T. 353 (C.A.), *Lecavalier c. Syndicat national des employés de la Ville de Laval Inc.* (C.S.N.), [1976] C.S. 856, et *Syndicat des employés municipaux de la Ville de Hull c. Hull (Ville de)*, [1985] C.A. 552). Je ne puis toutefois souscrire à ce point de vue pour les raisons qui suivent.

Ce qu'il importe de souligner dès l'abord, c'est que l'application de l'art. 45 ne résulte pas de la détermination du commissaire qu'il y a eu réalisation des exigences stipulées à cet article. L'application de l'art. 45 est automatique. La transmission des droits et obligations s'opère de plein droit, dès le jour de l'aliénation, de la concession ou du changement de structure juridique de l'entreprise. Le libellé de l'art. 46, que je cite à nouveau, ne permet aucune autre conclusion:

46. Un commissaire du travail peut rendre toute ordonnance jugée nécessaire pour constater la transmission de droits et d'obligations visée à l'article 45 et régler toute difficulté découlant de l'application dudit article.

En vertu de cet article, le rôle du commissaire se limite à «constater» la transmission des droits et obligations garantis à l'art. 45. La version anglaise est tout aussi explicite: «An [*sic*] labour commissioner may make any order deemed necessary to record the transfer of rights and obligations . . .» (je souligne). La mission première du commissaire

sioner's primary mission of recording the transfer of rights and obligations clearly indicates that the application of s. 45 is independent of such recording. Section 46, which empowers the commissioner to settle "any difficulty arising out of the application thereof" (emphasis added), assumes that s. 45 has already had its effect. The benefits mentioned in s. 45 for employees and their associations accrued to them before any decision of the commissioner and, as I shall mention below, even in the absence of such a decision. This is why decisions of the Labour Court consider that a new employer is responsible for implementing the collective agreement as soon as the undertaking is alienated or granted, without waiting for the decision of a commissioner recording the transfer of the agreement to such employer (R. P. Gagnon, L. LeBel and P. Verge, *op. cit.*, at p. 342). In *Derko Ltée v. Roy*, Que. Sup. Ct., No. 200-05-001343-792, June 28, 1979, Côté J. clearly indicates the limits of the labour commissioner's jurisdiction under s. 46 (at p. 11):

[TRANSLATION] When the conditions stated in s. 36 [now s. 45] of the *Labour Code* are met, the transfer of the original employer's rights and obligations to the new employer takes place by operation of law alone and without intervention by the investigation commissioner. The only purpose of an order which may subsequently be made by the investigation commissioner under s. 37 [now s. 46] is to record that such a transfer of rights and obligations has actually taken place. The investigation commissioner's jurisdiction is thus limited to recording the transfer of rights and obligations previously assumed by the former employer. [Emphasis added.]

The legislator did not intend to make the application of s. 45 subject to a determination by the labour commissioner. Judge Beaudry gave the reasons for this at p. 130 of the Labour Court judgment:

[TRANSLATION] It is clear the legislator intended, in the event of a (legal) transformation of the undertaking, not only to avoid any ambiguity which might result but also to avoid the necessity of the certified union taking steps, taking amendment proceedings, changes of name and other changes which could lead to the temporary freeze of the means provided by the Code to give effect to the certification. This is why s. 45, which is public law,

qui est de consigner la transmission des droits et obligations indique clairement que l'application de l'art. 45 est indépendante de cette constatation. L'article 46 qui permet au commissaire de régler « toute difficulté découlant de l'application dudit article » (je souligne) présuppose que l'art. 45 a déjà produit ses effets. Les avantages mentionnés à l'art. 45 en faveur des employés et de leurs associations leur sont dévolus avant toute décision du commissaire et, comme je le mentionnerai plus loin, en l'absence même d'une telle décision. Voilà pourquoi la jurisprudence du Tribunal du travail estime que l'application de la convention collective échoit au nouvel employeur dès l'aliénation ou la concession de l'entreprise sans qu'il faille attendre la décision d'un commissaire constatant la transmission de la convention à cet employeur (R. P. Gagnon, L. LeBel et P. Verge, *op. cit.*, à la p. 342). Dans la décision *Derko Ltée c. Roy*, C.S. Qué., n° 200-05-001343-792, 28 juin 1979, le juge Côté expose clairement les limites de la compétence du commissaire du travail dans le cadre de l'art. 46 (à la p. 11):

Lorsque se réalisent les conditions prévues à l'article 36 [devenu l'art. 45] du Code du travail, c'est par l'effet de la loi seule et sans l'intervention du commissaire-enquêteur que s'opère la transmission des droits et obligations de l'employeur originaire au nouvel employeur. L'ordonnance que pourra rendre ultérieurement le commissaire-enquêteur en vertu de l'article 37 [devenu l'art. 46] n'aura pour but que de constater qu'une telle transmission de droits et d'obligations s'est véritablement produite. La juridiction du commissaire-enquêteur se limite donc à constater la transmission des droits et obligations qui antérieurement étaient assumés par l'ancien employeur. [Je souligne.]

Le législateur n'a pas entendu assujettir l'application de l'art. 45 à la détermination du commissaire du travail. Le juge Beaudry en donne les motifs à la p. 130 du jugement du Tribunal du travail:

Il est apparent que le législateur a voulu, dans le cas de transformation (juridique) de l'entreprise, non seulement éluder l'ambiguïté qui pourrait en résulter, mais aussi éviter au syndicat accrédité des démarches, des procédures d'amendements, de changements de nom et autres qui pourraient occasionner le gel temporaire des moyens prévus par le code pour donner effet à l'accréditation. C'est pourquoi l'article 45, de droit public, s'ap-

applies as of right. The legislator anticipated that employer-union relations could be disrupted by the obligation or simple necessity of instituting proceedings which, between their initiation and final resolution, might suspend the (already too long) periods of time specified in the Code for the attainment of its purpose, industrial peace.

Not only does s. 45 operate automatically, but recourse to the commissioner is also optional. Since 1967, the Labour Relations Board has held that s. 46 allows one of the parties to ask the commissioner to record the rights and obligations if that party deems it "necessary":

[TRANSLATION] The Board is formally of the opinion that s. 36 operates automatically as soon as a contract of alienation comes into effect, without the Board having to intervene. As this provision is public law, one has to conclude that it affects both the rights of the parties and the rights of any subsequent party or third party. Nowhere in the Act is it stated that the Board must record its application for the provision to be effective. Nowhere in the Act is it stated that this transfer of rights must be made public by some kind of proceeding for it to be effective *ipso facto* in respect of third parties.

If the legislator intended the parties to make such a public declaration or to make rights in respect of third parties depend on such publicity, he would have said so. Furthermore, s. 37 indicates that the Board is to intervene, by order recording such alienation, only when this is "deemed necessary". Who may deem such recording necessary other than the parties to the transfer, and when can they deem it necessary except in the event of disagreement between them?

When the parties themselves recognize and record the full application of s. 36, there is no further obligation. Name change applications or applications to resolve problems arising out of the implementation of s. 36 are only incidental and add nothing further to the provisions of s. 36, which operate automatically.

(*Fraternité internationale des ouvriers en électricité v. National Cablevision Ltd.*, [1967] R.D.T. 314, at p. 318. See also *Cité de Lachine v. Union des employés municipaux de la Cité de Lachine*, [1974] T.T. 279.)

The transfer of rights and obligations thus does not depend on the conclusion arrived at by the

plique de plein droit. Le législateur a prévu que les relations patronales-syndicales pourraient être perturbées par l'obligation ou la simple nécessité d'engager des procédures qui, entre leur mise en branle et leur solution finale, risqueraient de suspendre les délais (déjà trop longs) prévus au code pour la réalisation de son objet, la paix industrielle.

Non seulement l'application de l'art. 45 se fait-elle de plein droit, mais le recours au commissaire est aussi facultatif. L'article 46 permet à l'une des parties de requérir du commissaire la constatation des droits et obligations si elle le juge «nécessaire». C'est ce que décide la Commission des relations de travail dès 1967:

La Commission est formellement d'avis que l'art. 36 opère, de plein droit, dès la mise en vigueur du contrat d'aliénation, sans qu'elle n'ait à intervenir. Et cette disposition étant d'ordre public, il y a donc lieu de conclure qu'elle affecte également et le droit des parties et celui de toute partie éventuelle ou de tout tiers. Nulle part, dans la loi, il n'est indiqué que, pour rendre cette disposition effective, la Commission doit en constater son application. Nulle part, dans la loi, il n'est déclaré qu'il faille, par quelque procédure, assurer une publicité à cette transmission de droits pour qu'elle s'effectue *ipso facto* à l'égard des tiers.

Si le législateur voulait que les parties rendent tel acte public, il se devait de le dire, tout comme s'il voulait en conditionner les effets vis-à-vis les tiers. Plus encore, l'art. 37 ne révèle-t-il pas que la Commission ne doit intervenir, par ordonnance pour constater telle aliénation, que lorsque la chose est «jugée nécessaire». Qui, d'autre que les parties à la transmission, peut juger nécessaire cette constatation et quand peuvent-elles la juger nécessaire si ce n'est uniquement en cas de désaccord entre elles?

Quand les parties elles-mêmes reconnaissent et constatent la pleine application de l'art. 36, il n'est d'autre obligation. Les requêtes en changement de nom, ou en règlement de difficultés découlant de l'application de l'art. 36, n'étant que l'accessoire, n'ajoutent rien d'autre aux dispositions de l'art. 36 qui opèrent de plein droit.

(*Fraternité internationale des ouvriers en électricité c. National Cablevision Ltd.*, [1967] R.D.T. 314, à la p. 318. Voir aussi *Cité de Lachine c. Union des employés municipaux de la Cité de Lachine*, [1974] T.T. 279.)

La transmission des droits et obligations ne dépend donc pas de l'évaluation des faits et du

commissioner on the facts and the law—nor indeed on the existence of a certificate recording the transfer—but on the fact that the requirements of s. 45 have actually been met. This is the major difference distinguishing s. 45 of the *Labour Code* from s. 128 of the *Act respecting labour standards*, R.S.Q., c. N-1.1. Lamer J. stated that he did not find any question preliminary to the existence of jurisdiction in the latter provision (*Blanchard, supra*, at p. 492):

This observation [the absence of a prerequisite] gains additional weight from the actual wording of s. 128: the arbitrator has the powers specified in that section “where [he] *considers* that the employee has not been dismissed for good and sufficient cause”. Section 128 does not make the use of these powers conditional on the objective existence of that cause, but on the arbitrator’s subjective assessment. [Emphasis added.]

The powers conferred on the commissioner by s. 46 are fundamentally different from those given to the Canada Labour Relations Board under s. 144(5) of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, which Chouinard J. discussed in *National Bank of Canada v. Retail Clerks’ International Union*, [1984] 1 S.C.R. 269, at p. 276:

In my opinion, however, when faced with a provision as clear as subs. (5) of s. 144, cited above, for which there is no equivalent in the Manitoba statute, no preliminary question is presented and there is no doubt that the Board had jurisdiction to determine the question: “(5) Where any question arises . . . as to whether or not a business has been sold . . . the Board shall determine the question”.

The respondent properly makes the following observations in its submission:

[TRANSLATION] The “general” jurisdiction of the labour commissioners is set forth in s. 23 of the Labour Code as follows:

“A labour commissioner general, an assistant labour commissioner general, labour commissioners and certification agents shall be appointed to the Ministère du travail et de la main-d’œuvre to ensure the efficiency of the certification procedure established by this Code and to perform the other duties assigned to them by this Code. Such persons . . .”

It can be seen at the outset that the legislator did not see fit to give the labour commissioner a general, exclu-

droit à laquelle parvient le commissaire—ni d’ailleurs de l’existence d’un certificat constatant la transmission—mais du fait que sont réellement remplies les exigences de l’art. 45. C’est là la différence majeure qui distingue l’art. 45 du *Code du travail* de l’art. 128 de la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., chap. N-1.1, au sujet duquel le juge Lamer déclarait ne pas y lire de condition préliminaire à l’existence de la compétence (*Blanchard*, précité, à la p. 492):

Cette constatation [l’absence de condition préliminaire] est renforcée par les termes mêmes de l’art. 128: l’arbitre dispose des pouvoirs prévus à cet article s’il «juge que le salarié a été congédié sans cause juste et suffisante. L’article 128 ne rend pas l’usage de ces pouvoirs conditionnel à l’existence objective de cette cause mais plutôt conditionnel à l’appréciation subjective de l’arbitre. [Je souligne.]

Les pouvoirs dévolus au commissaire par l’art. 46 sont foncièrement différents de ceux dont dispose le Conseil canadien des relations du travail en vertu du par. 144(5) du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1, et au sujet duquel le juge Chouinard écrit dans *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269, à la p. 276:

Je suis d’avis cependant qu’en présence d’un texte aussi clair que le par. (5) de l’art. 144 précité, dont on ne trouve pas l’équivalent dans la loi manitobaine, il ne se pose aucune question préliminaire et il ne fait pas de doute que le Conseil avait compétence pour trancher la question: «(5) Lorsqu’une question se pose . . . de savoir si une entreprise a été vendue ou non . . . elle doit être tranchée par le Conseil.»

C’est à juste titre que, dans son mémoire, l’intimée fait les observations suivantes:

La compétence «générale» des Commissaires du travail est énoncée à l’article 23 du Code du travail dans les termes suivants:

«Un commissaire général du travail, un commissaire général adjoint du travail, des commissaires du travail et des agents d’accréditation sont nommés au ministère du travail et de la main-d’œuvre pour assurer l’efficacité de la procédure d’accréditation établie par le présent code et pour exercer les autres fonctions que le présent code leur attribue. Ces personnes . . .»

On constate au point de départ que le législateur n’a pas jugé opportun de conférer au Commissaire du tra-

sive jurisdiction over implementation of and compliance with all the provisions of the Labour Code. He chose instead the approach of conferring several special powers, and limited himself to giving jurisdiction over specific and defined matters.

By proceeding in this way the Quebec legislator clearly differs from most other Canadian legislators, who have chosen instead to confer on a specialized and unique agency (generally a labour relations commission) true general jurisdiction over the interpretation and implementation of the legislation governing collective labour relations.

In this respect, one may compare, for example, the jurisdiction conferred on the Canada Labour Relations Board by the Canada Labour Code (R.S., c. L-1), in particular in s. 121 . . . or in s. 144(5):

121. The Board shall exercise such powers and perform such duties as are conferred or imposed on it by, or as may be incidental to the attainment of the objects of, this Part including, without restricting the generality of the foregoing, the making of orders requiring compliance with the provisions of this Part, with any regulation made under this Part or with any decision made in respect of a matter before the Board.

144. . . .

(5) Where any question arises under this section as to whether or not a business has been sold or as to the identity of the purchaser of a business, the Board shall determine the question.

Although in *Blanchard* and *National Bank of Canada*, *supra*, the words "prerequisite" and "preliminary question" are used, the idea that is conveyed by these terms is still valid. In these two cases, the legislation conferring power on the adjudicator and the Canada Labour Relations Board, respectively, is framed so as to make the legislative intent apparent. That intent is clearly that the adjudicator or the Board should have jurisdiction to determine if one of the conditions for the exercise of their power exists.

The labour commissioner, on the other hand, must ensure that the requirements stated in s. 45 are met before undertaking to resolve the difficul-

vail la compétence générale et exclusive d'assurer l'application et le respect de toutes les dispositions du Code du travail. On a plutôt choisi l'approche de conférer plusieurs compétences particulières en se limitant à donner juridiction sur des sujets précis et circonscrits.

Le législateur québécois, en procédant de la sorte, se distingue nettement de la plupart des autres législateurs canadiens qui ont plutôt choisi de conférer à un organisme spécialisé et unique (généralement une commission des relations du travail) une véritable compétence générale sur l'interprétation et l'application de la loi régissant les rapports collectifs du travail.

On peut à cet égard comparer par exemple la juridiction conférée au Conseil canadien des relations du travail par le Code canadien du travail (S.R., c. L-1) notamment à l'article 121 [. . .] ou au paragraphe (5) de l'article 144:

121. Le Conseil exerce les pouvoirs et fonctions que lui attribue la présente Partie ou qui peuvent être nécessaires à la réalisation des objets de la présente Partie, et notamment, sans restreindre la portée générale de ce qui précède, il rend des ordonnances comportant obligation de se conformer aux dispositions de la présente Partie, de tout règlement pris sous son régime ou de toute décision rendue dans une affaire dont il est saisi.

144. . . .

(5) Lorsqu'une question se pose en vertu du présent article, soit de savoir si une entreprise a été vendue ou non, soit quant à l'identité de l'acheteur, elle doit être tranchée par le Conseil.

Bien que dans les arrêts *Blanchard* et *Banque nationale du Canada*, précités, les mots «condition préalable» et «question préliminaire» soient employés, l'idée qui ressort de ces termes n'en reste pas moins valable. Dans ces deux affaires, les dispositions législatives qui confèrent le pouvoir à l'arbitre et au Conseil canadien des relations du travail, respectivement, sont formulées de façon à mettre en évidence l'intention du législateur. Cette intention est manifestement à l'effet que l'arbitre ou le Conseil ait la compétence pour déterminer si une des conditions à l'exercice de leur pouvoir existe.

Par contre, le commissaire du travail doit s'assurer que sont satisfaites les exigences énoncées à l'art. 45 avant d'entreprendre de régler les difficul-

ties arising out of the application of this provision. Although the commissioner may have to interpret s. 45, depending on the circumstances, his power to record the transfer of rights and obligations is essentially administrative in that it clarifies for the benefit of third parties the respective rights and obligations of the parties to the transfer. This power forms part of the commissioner's duties, which are "to ensure the efficiency of the certification procedure established by this code..." (s. 23). Such a power does not authorize him to deny, by means of an erroneous decision, the rights and obligations whose exercise is guaranteed directly by s. 45 or to impose rights and obligations in circumstances not contemplated by s. 45. It is significant that the jurisdiction conferred on the commissioner by s. 46 is considerably more limited than that conferred on him by the Code in other areas. The legislator clearly differentiates in the *Labour Code* cases in which he intends to give the labour commissioner's decision a conclusive effect:

1. ...

(I) "employee"—a person who works for an employer and for remuneration, but the word does not include:

(1) a person who, in the opinion of the labour commissioner, is employed as manager, superintendent, foreman or representative of the employer in his relations with his employees;

17. If it is shown to the satisfaction of the labour commissioner seized of the matter that the employee exercises a right accorded to him by this code, there shall be a presumption in his favour that he was dismissed, suspended or transferred because he exercised such right, and the burden of proof that the employee was dismissed, suspended or transferred for another good and sufficient reason shall be upon the employer.

31. As soon as he has suspended the certification agent's investigation under section 29 or received the certification agent's report contemplated in section 30, the labour commissioner general must refer the matter to the labour commissioner whom he designates and direct him to grant or refuse the application for certification.

In the case provided for in section 29, the labour commissioner seized of the matter shall not grant the certification if it is established to his satisfaction that

tés d'application de cette disposition. Quoique le commissaire doive, selon les circonstances, procéder à l'interprétation de l'art. 45, son pouvoir de constater la transmission des droits et obligations est plutôt administratif en ce qu'il clarifie auprès des tiers les droits et obligations respectifs des parties à la transmission. Ce pouvoir s'inscrit dans le cadre des fonctions du commissaire qui sont «d'assurer l'efficacité de la procédure d'accréditation établie par le présent code» (art. 23). Un tel pouvoir ne lui permet pas de nier, par le biais d'une décision erronée, les droits et obligations dont l'exercice est assuré directement par l'art. 45, ni d'imposer des droits et obligations dans des circonstances que l'art. 45 ne prévoit pas. Il est révélateur que la compétence dévolue au commissaire par l'art. 46 est considérablement plus restreinte que celle que le Code lui confère dans d'autres domaines. Le législateur différencie clairement au *Code du travail* les cas où il entend revêtir la décision du commissaire du travail d'un caractère déterminant:

1. ...

l) «salarié»—une personne qui travaille pour un employeur moyennant rémunération, cependant ce mot ne comprend pas:

1° une personne qui, au jugement du commissaire du travail, est employée à titre de gérant, surintendant, contremaître ou représentant de l'employeur dans ses relations avec ses salariés;

17. S'il est établi à la satisfaction du commissaire du travail saisi de l'affaire que le salarié exerce un droit lui résultant du présent code, il y a présomption en sa faveur qu'il a été congédié, suspendu ou déplacé à cause de l'exercice de ce droit, et il incombe à l'employeur de prouver que le salarié a été congédié, suspendu ou déplacé pour une autre cause, juste et suffisante.

31. Dès qu'il a interrompu l'enquête de l'agent d'accréditation en vertu de l'article 29 ou dès qu'il a reçu le rapport de l'agent d'accréditation visée à l'article 30, le commissaire général du travail doit saisir de l'affaire le commissaire du travail qu'il désigne et le charger d'accorder ou refuser la demande d'accréditation.

Dans le cas prévu à l'article 29, le commissaire du travail saisi de l'affaire ne peut accorder l'accréditation

section 12 has not been complied with. [Emphasis added.]

There is another reason why I believe that interpretation of the requirements mentioned in s. 45 is not within the commissioner's jurisdiction. The decisions of this Court clearly indicate that jurisdictional questions are to be identified by their nature, which is not ordinarily within the expertise of an administrative tribunal. Lamer J. relied on *Parkhill Bedding & Furniture Ltd. v. International Molders & Foundry Workers Union of North America, Local 174* (1961), 26 D.L.R. (2d) 589, where the point at issue was similar to the one at bar, when he formulated the following criterion in *Blanchard, supra*, at p. 491:

These questions are identified by the fact that they fall outside the limits of the enabling legislation itself, and are not usually within the area of expertise of the administrative tribunal (*Parkhill Bedding & Furniture Ltd. v. International Molders & Foundry Workers Union* (1961), 26 D.L.R. (2d) 589).

As I shall explain below, the concepts of alienation and operation by another are civil law concepts that require no special expertise on the part of an administrative tribunal. They are concepts which do not call on the labour commissioner's expertise, as would a decision respecting the representative nature of a petitioning association (s. 32 of the Code) or the description of the appropriate bargaining unit (s. 34 of the Code).

It is also significant that the labour commissioner's decision regarding alienation or operation by another of an undertaking has not always had the central importance it now has. The legislator could not have foreseen the disruptive effect which *Jack Schwartz Service Station v. Teamsters Local Union 900, supra*, would have or the controversy over interpretation of s. 45 that would follow. Arguing that the determination of whether an alienation or operation by another exists is the very purpose of the commissioner's investigation, as counsel for the appellant did, attributes an intent to the legislator retrospectively. At the time ss. 45 and 46 were drafted, the question the legislator had to deal with was the transfer of certification in

s'il est établi à sa satisfaction que l'article 12 n'a pas été respecté. [Je souligne.]

Une raison supplémentaire me convainc que l'interprétation des exigences mentionnées à l'art. 45 ne relève pas de la compétence du commissaire. La jurisprudence de cette Cour indique clairement que les questions d'ordre juridictionnel se reconnaissent par leur nature qui ne relève pas normalement de l'expertise du tribunal administratif. Le juge Lamer se fonde sur l'affaire *Parkhill Bedding & Furniture Ltd. v. International Molders & Foundry Workers Union of North America, Local 174* (1961), 26 D.L.R. (2d) 589, où la question en cause est analogue à la nôtre, pour énoncer ce critère dans *Blanchard, précité*, à la p. 491:

On identifie ces questions par le fait qu'elles sont des questions qui sont en dehors des limites de la loi habilitante elle-même et qui ne relèvent pas normalement de l'expertise du tribunal administratif (*Parkhill Bedding & Furniture Ltd. v. International Molders & Foundry Workers Union* (1961), 26 D.L.R. (2d) 589).

Comme j'expliquerai plus loin, les concepts de l'aliénation et de la concession sont des notions de droit civil qui ne requièrent aucune compétence particulière de la part de l'instance administrative. Il s'agit là de notions qui ne font pas appel à l'expertise du commissaire du travail comme peuvent le faire la détermination du caractère représentatif d'une association requérant son accréditation (art. 32 du Code) ou encore la description de l'unité de négociation appropriée (art. 34 du Code).

Il est également révélateur que la décision du commissaire du travail au sujet de l'aliénation ou de la concession de l'entreprise n'a pas toujours eu l'importance centrale qu'elle comporte aujourd'hui. Le législateur n'a pas pu prévoir l'ébranlement dans la jurisprudence que l'affaire *Jack Schwartz Service Station c. Teamsters Local Union 900, précitée*, créerait et la controverse sur l'interprétation de l'art. 45 qui en suivrait. Prétendre que la détermination de l'existence d'une aliénation ou d'une concession constitue l'objet même de l'enquête du commissaire, comme le fait le procureur de l'appelant, attribue une intention au législateur rétrospectivement. À l'époque où les art. 45 et 46 ont été conçus, la question à laquelle

cases where the owner of an undertaking sold the undertaking or made third parties responsible for doing the work usually done in his own establishment, not the interpretation of the words "alienation" and "operation by another".

Taken together, the wording of ss. 45 and 46, the legislative context of these sections and the area of expertise of the labour commissioner clearly indicate that the legislator did not intend the commissioner's decision as to the existence of an alienation or operation by another of an undertaking to be conclusive. The powers conferred on the labour commissioner in s. 46 are limited to resolving administrative difficulties that may arise out of an alienation or operation by another of an undertaking. A labour commissioner will undoubtedly, depending on the circumstances, consider the requirements contained in s. 45 before making an order under in s. 46. Nevertheless, the question of alienation or operation by another of an undertaking is not within the labour commissioner's jurisdiction *stricto sensu*.

As the interpretation of s. 45 is a question of jurisdictional nature, the commissioner cannot erroneously conclude that an alienation or operation by another of an undertaking exists without exceeding his jurisdiction.

I turn therefore to the interpretation of s. 45.

VI—Interpretation of ss. 45 and 46

1. *Introduction: Context of ss. 45 and 46*

To interpret s. 45 in accordance with the legislator's intent, one has to look to his purpose in maintaining the certification or the collective agreement despite alienation or operation by another of the undertaking. The object of s. 45 is unquestionably to protect the benefits resulting from certification and the collective agreement. In *Adam v. Daniel Roy Ltée, supra*, Chouinard J. elaborated on this object at pp. 694-95:

Section 36 seeks to encourage the stability of employment and prevent the disruption of labour relations, and to protect the rights of the union and the rights of the employees in the event of a change in the management or organization of the undertaking . . .

le législateur devait faire face était la transmission de l'accréditation dans le cas où le propriétaire d'une entreprise la vend ou bien confie à des tiers l'exécution des travaux habituellement accomplis dans son propre établissement et non pas l'interprétation des mots «aliénation» et «concession».

Le libellé des art. 45 et 46, le contexte législatif de ces articles, et le domaine de l'expertise du commissaire du travail se conjuguent pour indiquer clairement que le législateur ne voulait pas que la décision du commissaire au sujet de l'existence d'une aliénation ou d'une concession de l'entreprise soit déterminante. Les pouvoirs du commissaire du travail conférés à l'art. 46 se limitent à régler les difficultés administratives qui peuvent découler d'une aliénation ou d'une concession d'entreprise. Certes, le commissaire du travail doit, selon les circonstances, s'adresser aux exigences énoncées à l'art. 45 avant d'émettre une ordonnance prévue à l'art. 46. Néanmoins, la question de l'aliénation ou de la concession d'une entreprise ne relève pas de la compétence du commissaire du travail, *stricto sensu*.

L'interprétation de l'art. 45 étant une question d'ordre juridictionnel, le commissaire ne peut erronément conclure à l'existence d'une aliénation ou d'une concession de l'entreprise sans excéder sa compétence.

Je passe donc à l'interprétation de l'art. 45.

VI—Interprétation des art. 45 et 46

1. *Introduction: le contexte des art. 45 et 46*

Pour interpréter l'art. 45 en conformité de l'intention du législateur, il faut s'interroger sur le but qu'il poursuit en maintenant l'accréditation ou la convention collective malgré l'aliénation ou la concession de l'entreprise. L'article 45 vise incontestablement la protection des avantages qui découlent de l'accréditation et de la convention collective. Dans l'arrêt *Adam c. Daniel Roy Ltée*, précité, le juge Chouinard précise cet objectif aux pp. 694 et 695:

L'article 36 cherche à favoriser la stabilité de l'emploi et à empêcher le dérèglement des relations du travail, ainsi qu'à protéger les droits de l'association de salariés et les droits de ceux-ci du fait d'un changement dans la direction ou l'organisation de l'entreprise . . .

The object of s. 45 thus coincides with the purposes of certification and collective bargaining, namely the promotion of industrial peace and establishment of equitable relations between employer and employees: *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works Ltd.*, [1948] 2 W.W.R. 1055 (P.C.), at p. 1064.

This common purpose means that a proper understanding of the operation of s. 45 must proceed from an examination of the requirements of the certification procedure and the negotiation of a collective agreement.

Certification is a mechanism whereby an association which counts among its members an absolute majority of all an employer's employees, or of a separate group of an employer's employees, is recognized as the sole representative of those employees to this employer for collective bargaining purposes. Under section 1(b) of the *Labour Code*, "certified association" means "the association recognized by decision of the certification agent, the labour commissioner or the Court as the representative of all or some of the employees of an employer".

Certification is not an end in itself: it simply represents "the first step on the road to industrial peace" (*International Union of United Brewery, Flour, Cereal, Soft Drink and Distillery Workers of America (Local 239) v. Coca-Cola Ltd.* (1963), [1978] R.L. 391 (Q.L.R.B.), at p. 406. The sole purpose of certification from a legal point of view is to facilitate the conclusion of a collective agreement: only a certified association may initiate the collective agreement bargaining procedure (s. 52).

However, the Code imposes certain requirements on the negotiation of a collective agreement.

First, each agreement must be negotiated with a single employer. The Code does not recognize the possibility of "multi-employer certification", to use the expression of Gagnon, LeBel and Verge in *Droit du travail*, op. cit., at p. 357. (I exclude the limited role played by employers' associations in this area.) The wording of the Code confirms the

Cet objectif coïncide donc avec ceux de l'accréditation et de la négociation collective savoir, la promotion de la paix industrielle et l'instauration de relations équitables entre employeur et employés: *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works Ltd.*, [1948] 2 W.W.R. 1055 (P.C.), à la p. 1064.

Il découle de cette coïncidence d'objectifs que pour bien comprendre le fonctionnement de l'art. 45, il faut s'inspirer des exigences de la procédure d'accréditation et de la négociation d'une convention collective.

L'accréditation est un mécanisme par lequel une association groupant la majorité absolue des salariés d'un employeur ou d'un groupe distinct des salariés d'un employeur est reconnue comme le seul représentant de ces salariés face à cet employeur pour les fins de la négociation collective. Selon l'al. 1b) du *Code du travail*, l'«association accréditée» signifie «l'association reconnue par décision de l'agent d'accréditation, du commissaire du travail ou du tribunal comme représentant de l'ensemble ou d'un groupe des salariés d'un employeur.»

L'accréditation n'est pas une fin en soi: elle représente simplement [TRADUCTION] «le premier pas vers la paix industrielle» (*International Union of United Brewery, Flour, Cereal, Soft Drink and Distillery Workers of America (Local 239) c. Coca-Cola Ltd.* (1963), [1978] R.L. 391 (C.R.O.Q.), à la p. 406. Le seul but de l'accréditation, du point de vue juridique, est de faciliter la conclusion d'une convention collective: seule une association accréditée peut amorcer la procédure de négociation d'une convention collective (art. 52).

Le Code établit cependant certaines exigences relatives à la négociation d'une convention collective.

D'abord, chaque convention doit être négociée avec un seul employeur. Le Code ne reconnaît pas la possibilité d'une «accréditation multipatronale», pour reprendre l'expression de Gagnon, LeBel et Verge dans leur ouvrage *Droit du travail*, op. cit., à la p. 357. (Je fais abstraction du rôle limité que jouent les associations d'employeurs dans ce

principle that an employee association is certified to negotiate with a given employer. Reference may be made, for example, to an extract from s. 21, which provides for the right to certification in the following words:

21. Any association of employees comprising the absolute majority of the employees of an employer ... is entitled to be certified. [Emphasis added.]

The second condition for the conclusion of a collective agreement is that bargaining take place in the context of the specific undertaking of an employer. Although the Code does not expressly emphasize the specific identity of the undertaking implicated in the negotiation, this requirement is a necessary consequence of the certification procedure and negotiation of the collective agreement.

The evidence of this requirement is that the bargaining units contemplated by the Code are traditionally defined in terms of the specific undertaking in which the unit exists. The important factors in determining whether a bargaining unit is appropriate are ably set out by Vice-Chairman Gold of the Quebec Labour Relations Board, later Chief Justice of the Superior Court, in *Coca-Cola Ltd.*, *supra*, at pp. 409-10. The primary criterion is the mutuality of interest of employees in the proposed bargaining unit. This mutuality of interest is to be determined in light of the similarity of duties performed by the employees, the similarity of wages or methods of computing compensation applicable to employees, the similarity of skills and qualifications, the interdependence or interchangeability of functions and the transfer of employees from one employment category to another.

It follows from Vice-Chairman Gold's analysis that mutuality of interest cannot be determined without considering the undertaking in which the employees work. It is only possible to find whether similarity of duties, wages, working conditions or interchangeability of functions exists by looking at the undertaking in question. It is therefore not surprising that the appropriateness of a bargaining unit is determined with reference to the particular

domaine.) Le libellé du Code confirme comme principe qu'une association de salariés est accréditée pour négocier avec un employeur déterminé. On peut citer, par exemple, un extrait de l'art. 21 qui prévoit le droit à l'accréditation dans les termes suivants:

21. A droit à l'accréditation l'association de salariés groupant la majorité absolue des salariés d'un employeur ... [Je souligne.]

Que la négociation se déroule dans le cadre de l'entreprise particularisée d'un employeur est une deuxième condition de la réalisation d'une convention collective. Bien que le Code ne souligne pas explicitement l'identité particulière de l'entreprise visée par la négociation, cette exigence est un incident inéluctable de la procédure d'accréditation et de la négociation de la convention collective.

La preuve en est que les unités de négociation prévues par le Code sont traditionnellement délimitées en fonction de l'entreprise particulière dans laquelle l'unité existe. Les critères importants pour déterminer le caractère approprié de l'unité de négociation sont énoncés avec bonheur par le vice-président Gold de la Commission des relations ouvrières du Québec, devenu par la suite Juge en chef de la Cour supérieure, dans l'affaire *Coca-Cola Ltd.*, précitée, aux pp. 409 et 410. Le critère prééminent est celui de la communauté d'intérêts des salariés dans l'unité de négociation proposée. Cette communauté d'intérêts doit être évaluée en fonction de la similitude des tâches exercées par les salariés, la similitude des salaires et des méthodes de rémunération applicables aux salariés, la similitude de leurs aptitudes et qualités, l'interdépendance ou le caractère interchangeable de leurs fonctions, et le transfert des salariés d'une catégorie d'emploi à une autre.

Il ressort de l'analyse du vice-président Gold que la communauté d'intérêts ne peut être évaluée sans que l'on tienne compte de l'entreprise dans laquelle les salariés travaillent. Ce n'est que par l'examen de l'entreprise en question que l'on peut découvrir s'il y a similitude de tâches, de salaires, de conditions de travail ou interchangeabilité de fonctions. Il n'est donc pas étonnant que le caractère approprié de l'unité de négociation soit déterminé par

undertaking with which the unit is associated. The collective agreement concluded on behalf of the employees in the bargaining unit does not apply throughout a given industry. The collective agreement covers only the working conditions of the employees within the specific undertaking.

Each undertaking consists of a series of different components which together constitute an operational entity. It goes without saying that one of these components is the work done in the undertaking; but the specific identity of the undertaking is also determined by its particular physical, intellectual, human, technical and legal components.

The scope of a given collective agreement is potentially very wide. Section 62 of the Code provides:

62. The collective agreement may contain any provision respecting conditions of employment which is not contrary to public order or prohibited by law.

Though certain provisions of a collective agreement may be suited to the industry at large to which a particular undertaking belongs, other provisions will relate only to working conditions within the particular undertaking covered by the collective agreement.

Similarly, the particular undertaking covered by the bargaining must be associated with an employer. A collective agreement is negotiated with a single employer and is concluded in order to bind that employer. The only employer who has the power to adapt working conditions to the requirements of the collective agreement in the undertaking is the one who controls that undertaking.

In short, the legislator intended that collective bargaining and the resulting collective agreement take place within the following three-part framework: an employer, his undertaking and the association of employees connected with that employer's undertaking.

It is also clear that when an undertaking is alienated or operated by another in whole or in part, the essential components of this three-part

rapport à l'entreprise particulière à laquelle l'unité est liée. La convention collective conclue pour le compte des salariés qui forment l'unité de négociation ne s'applique pas à travers toute une industrie donnée. La convention collective ne vise que les conditions de travail de ces salariés à l'intérieur de l'entreprise particulière.

Chaque entreprise est composée d'une série d'éléments différents qui constituent l'ensemble opérationnel de l'entreprise. Il va de soi qu'un de ces éléments est le travail effectué au sein de l'entreprise. Mais l'identité particulière de l'entreprise ressort également des éléments physiques, intellectuels, humains, techniques et juridiques qui lui sont propres.

La portée d'une convention collective donnée est potentiellement très étendue. L'article 62 du Code stipule:

62. La convention collective peut contenir toute disposition relative aux conditions de travail qui n'est pas contraire à l'ordre public ni prohibée par la loi.

Bien que certaines dispositions d'une convention collective puissent convenir à l'ensemble de l'industrie dont une entreprise particulière fait partie, d'autres dispositions ne seront pertinentes qu'aux conditions de travail de l'entreprise particulière visée par la convention collective.

D'autre part, et dans le même ordre d'idées, l'entreprise particulière visée par la négociation doit se rattacher à un employeur. Une convention collective est négociée avec un seul employeur et elle est conclue afin de lier cet employeur. Le seul employeur qui détient le pouvoir d'adapter les conditions de travail aux exigences de la convention collective au sein de l'entreprise est celui qui contrôle cette entreprise.

En somme, il est de l'intention du législateur que la négociation et la convention collective qui en résulte se réalisent dans le cadre tripartite suivant: un employeur, son entreprise et l'association des salariés se rattachant à l'entreprise de cet employeur.

Il est aussi évident que lorsqu'une entreprise est aliénée ou concédée, totalement ou partiellement, les éléments essentiels de ce cadre tripartite doi-

framework must continue to exist if the certification or collective agreement are to remain relevant. The collective agreement itself provides an example. If the circumstances of the alienation or operation by another of the undertaking are such that this three-part framework disappears, the collective agreement cannot apply. The conditions in which the agreement was intended to operate will no longer exist.

Though it is not explicit on this point, the very wording of s. 45 does not exclude the continued existence of the three-part framework following the operation of its provisions:

45. The alienation or operation by another in whole or in part of an undertaking otherwise than by judicial sale shall not invalidate any certification granted under this code, [nor] any collective agreement . . .

The new employer, notwithstanding the division, amalgamation or changed legal structure of the undertaking, shall be bound by the certification or collective agreement

The Code thus anticipates the effect of the arrival of a new employer due to an alienation or operation by another of the undertaking and the effect of certain changes in the legal structure of the undertaking on relations between the employer and employees as a whole; but the Code in no way dispenses with the requirement that there be an employer who controls the undertaking. Further, the requirement of a specific undertaking, at least in operational terms, also remains necessary for implementation of s. 45. In the absence of a specific expression of legislative intent, the provisions of s. 45 cannot be interpreted to operate in a manner contrary to the basic framework created by the Code of a single employer, a specific undertaking and an association of the employer's employees.

Any interpretation of s. 45 must be consistent with the three-part context which I have described above. By rejecting the need for a legal relation between successive employers and adopting a "functional" definition of the undertaking, the labour commissioner gives s. 45 an interpretation that does not recognize the existence of the three-part context in which collective bargaining must necessarily take place.

vent subsister pour que l'accréditation ou la convention collective restent pertinentes. Prenons l'exemple de la convention collective elle-même. Si les circonstances de l'aliénation ou la concession de l'entreprise provoquent la disparition de ce cadre tripartite, la convention collective n'aura pas d'application. Les conditions dans lesquelles la convention était censée opérer n'existeront plus.

b

Quoiqu'il ne soit pas explicite sur ce point, le texte même de l'art. 45 n'exclut pas la continuation du cadre tripartite suite à son application:

c

45. L'aliénation ou la concession totale ou partielle d'une entreprise autrement que par vente en justice n'invalide aucune accréditation accordée en vertu du présent code, [ni] aucune convention collective . . .

d

Sans égard à la division, à la fusion ou au changement de structure juridique de l'entreprise, le nouvel employeur est lié par l'accréditation ou la convention collective . . .

e

De cette façon le Code anticipe l'effet de l'arrivée d'un nouvel employeur à cause d'une aliénation ou une concession de l'entreprise et l'effet de certaines modifications à la structure juridique de l'entreprise sur l'ensemble des relations entre l'employeur et les salariés. Mais le Code n'écarte nullement l'exigence de la présence d'un employeur qui contrôle l'entreprise. De plus, l'exigence d'une entreprise particularisée, du moins sur le plan opérationnel, demeure également nécessaire à l'application de l'art. 45. En l'absence de directives explicites du législateur, on ne peut donner à l'art. 45 une interprétation qui a pour effet de nier le cadre établi par le Code d'un employeur, d'une entreprise particulière et d'une association des salariés de l'employeur.

f

g

h

i

j

Toute interprétation de l'art. 45 doit rester compatible avec le cadre tripartite que j'ai décrit ci-dessus. En rejetant la nécessité d'un lien de droit entre employeurs successifs et en adoptant une définition «fonctionnelle» de l'entreprise, le commissaire du travail donne à l'art. 45 une interprétation qui méconnaît l'existence du cadre tripartite dans lequel la négociation collective doit forcément prendre place.

With respect, I believe that because of their desire to protect the certification and collective agreement despite all the vicissitudes of the undertaking, the labour commissioner and the majority of the Labour Court have taken a position inconsistent with the purpose of the *Labour Code*: to promote collective bargaining as a better means of guaranteeing industrial peace and of establishing equitable relations between employer and employees.

2. *The Definition of the Undertaking*

In the context of s. 45, the undertaking becomes the most important component of the three-part framework postulated by the legislator: continuity of the undertaking is the essential condition for s. 45 to apply. The interpretation of s. 45 must therefore be approached through the definition of an "undertaking".

In his majority judgment Chief Judge Geoffroy gave the undertaking a definition which is limited to the duties performed by the employees as described in the certificate of certification. Continuity of the undertaking, an essential condition for s. 45 to apply, is determined by reference to the similarity of the duties performed by workers for their new employer (at pp. 123-24):

[TRANSLATION] The undertaking must be defined, since the legislator has not done so. The decisions of the Court, since the judgment of the late Associate Chief Judge Donat Quimper, have regarded it for the purposes of the Code in light of the collective agreement:

The undertaking . . . is the group of operations performed in an establishment in order to fulfil its purpose, the word "operation" being used in the broad sense of tasks, functions, occupations and activities.

This definition will be found, without substantial difference, in other jurisdictions. They all have in common that they regard an undertaking from the standpoint of the labour which performs the various functions necessary to carry out its purposes. This is the undertaking which is covered by a certification; it is for this undertaking that a collective agreement is concluded, becoming the law that governs it. It is with this undertaking that the certification and the agreement are associated.

Avec égards, je crois que la position du commissaire du travail et de la majorité du Tribunal de travail, fondée sur le vœu de protéger l'accréditation et la convention collective malgré toutes les vicissitudes de l'entreprise, ne respecte pas l'objectif du *Code du travail*: promouvoir la négociation collective comme moyen de mieux garantir la paix industrielle et d'établir des relations équitables entre employeur et salariés.

2. *La définition de l'entreprise*

Dans le contexte de l'art. 45, l'entreprise se présente comme l'élément le plus important du cadre tripartite postulé par le législateur: la continuité de l'entreprise est la condition essentielle de l'application de l'art. 45. Il convient dès lors d'aborder l'interprétation de l'art. 45 par le biais de la définition de l'entreprise.

Dans son jugement majoritaire, le juge en chef Geoffroy donne de l'entreprise une définition qui se borne aux fonctions exercées par les salariés telles qu'elles sont décrites au certificat d'accréditation. On vérifie la continuité de l'entreprise, condition essentielle à l'application de l'art. 45, en s'assurant de la similitude des tâches assumées par les travailleurs auprès de leur nouvel employeur (aux pp. 123 et 124):

L'entreprise devra être définie, à défaut par le législateur de l'avoir fait. La jurisprudence du Tribunal, depuis le jugement du regretté juge Donat Quimper, l'a perçue, pour les fins du code, dans la perspective de la convention collective:

L'entreprise . . . sera l'ensemble des opérations mises en œuvre dans un établissement en vue de la réalisation de son objet. Le mot «opération» étant employé dans le sens large de tâches, fonctions, occupations, activités.

Cette définition, on la retrouvera, substantiellement la même, dans les autres juridictions. Toutes, elles ont en commun de voir l'entreprise sous l'aspect de la main-d'œuvre qui occupe les diverses fonctions nécessaires à la poursuite de ses fins. C'est cette entreprise qui est visée par l'accréditation; c'est pour cette entreprise qu'une convention collective est conclue, qui devient la loi qui la régit. C'est à cette entreprise que sont rattachées l'accréditation et la convention.

This definition of the undertaking is the same as that given by Chief Judge Geoffroy in 1975 in *Jack Schwartz Service Station v. Teamsters Local Union 900*, *supra*, at p. 128:

[TRANSLATION] . . . finding the same undertaking under new management means finding the same jobs, tasks, activities and so on. These components are the basis and the object of the certification and the collective agreement.

This definition, and I say so with respect, is incorrect: the generality of its terms does not allow for identification of a specific undertaking and so leads to the transfer of rights and obligations in situations where there is no continuity. In addition, the "functional" definition gives a description of the undertaking which cannot be reconciled with the legal operations mentioned in s. 45.

It is of the very essence of an undertaking that, for the purposes of s. 45, it may be subject to alienation, operation by another, amalgamation, division or a change in legal structure. Defining the undertaking without considering the legal operations to which it may be subject results in an interpretation of s. 45 that cannot be justified by its wording.

The abstract definition of the undertaking suggested by Chief Judge Geoffroy does not take the whole of s. 45 in account. By describing the undertaking solely in terms of the functions or positions of the employees, the Chief Judge removes the undertaking from the various legal acts which are essential to the application of s. 45.

The use of the word "alienation" in s. 45 is inconsistent with the definition of an undertaking adopted by the Chief Judge. When he parts with his undertaking by sale, gift or other means, an employer is not alienating a group of functions but rather immovable property, equipment, work contracts, inventory, goodwill and so on, as the case may be. The legislator is explicit: s. 45 concerns the alienation of an "undertaking", not the alienation of "functions".

Similarly, the phrase "changed legal structure of the undertaking" makes the definition suggested by Chief Judge Geoffroy impossible to accept. There the undertaking is unquestionably seen as a

Cette définition de l'entreprise reprend celle que le juge en chef Geoffroy énonçait en 1975 dans l'affaire *Jack Schwartz Service Station c. Teamsters Local Union 900*, précitée, à la p. 128:

a . . . retrouver la même entreprise sous une direction nouvelle veut dire y retrouver les mêmes emplois, tâches, activités, etc . . . Ces éléments constituent le fondement et l'objet de l'accréditation et de la convention collective.

b Je le dis avec égards, cette définition est erronée: sa généralité ne permet pas l'identification d'une entreprise précise et mène ainsi à la transmission des droits et obligations dans des situations où l'on ne retrouve aucune continuité. Par surcroît, la définition dite «fonctionnelle» donne de l'entreprise une description irréconciliable avec les opérations juridiques mentionnées à l'art. 45.

d Il est de l'essence même de l'entreprise qu'elle soit, aux fins de l'art. 45, susceptible d'aliénation, de concession, de fusion, de division ou de changement de structure juridique. Définir l'entreprise sans tenir compte des opérations juridiques à laquelle elle est sujette revient à donner à l'art. 45 une interprétation qui ne peut être justifiée par son libellé.

f Cette définition désincarnée d'une entreprise proposée par le juge en chef Geoffroy fait abstraction du reste de l'art. 45. En décrivant l'entreprise en fonction des postes seulement, le Juge en chef détache l'entreprise des divers actes juridiques qui sont essentiels à l'application de l'art. 45.

h L'emploi du mot «aliénation» à l'art. 45 est incompatible avec la définition de l'entreprise retenue par le Juge en chef. Lorsqu'il cède son entreprise par vente, donation ou autrement, un employeur n'aliène pas un ensemble de tâches mais bien, selon le cas, des immeubles, de l'équipement, des contrats de travail, un inventaire, un achalandage, etc. Le législateur est explicite: l'art. 45 traite de l'aliénation d'une «entreprise» et non de l'aliénation de «fonctions».

j De même, l'expression «changement de structure juridique de l'entreprise» rend la définition suggérée par le juge en chef Geoffroy impossible à retenir. L'entreprise y est indiscutablement envisa-

whole, not solely in terms of the duties performed by employees. Positions or functions certainly cannot be the subject of a "changed legal structure". I adopt in this regard the observations of the Superior Court cited above (at p. 984):

[TRANSLATION] When he refers to the undertaking's legal structure, the legislator means the legal framework in which employer, managers and employees operate. The word "undertaking" thus does not refer only to the specific function performed by an employee. It refers to the components of a business as a whole . . .

It is thus incorrect to treat the undertaking and the positions or functions listed in the certificate of certification as equivalent. The undertaking is not created by the certification: it predates it. Section 45 recognizes this simple fact in as much as it applies from the moment proceedings to obtain a certification are initiated. When a certification exists, it plays an important role: the certification lists the functions and duties carried out by the employees and permits a determination as to whether these functions and duties continue to exist within the new employer's operations.

Instead of being reduced to a list of duties or functions, the undertaking covers all the means available to an employer to attain his objective. I adopt the definition of an undertaking proposed by Judge Lesage in a subsequent case, *Mode Amazone v. Comité conjoint de Montréal de l'Union internationale des ouvriers du vêtement pour dames*, [1983] T.T. 227, at p. 231:

[TRANSLATION] The undertaking consists in an organization of resources that together suffice for the pursuit, in whole or in part, of specific activities. These resources may, according to the circumstances, be limited to legal, technical, physical, or abstract elements. Most often, particularly where there is no operation of the undertaking by a subcontractor, the undertaking may be said to be constituted when, because a sufficient number of those components that permit the specific activities to be conducted or carried out are present, one can conclude that the very foundations of the undertaking exist: in other words, when the undertaking may be described as a going concern. In *Barnes Security*, Judge René Beaudry, as he then was, expressed exactly the same idea when he stated that the undertaking consists of "everything used to implement the employer's ideas".

gée dans sa globalité et non par rapport aux seules tâches exercées par des salariés. Des postes ou des fonctions ne peuvent certes pas être l'objet d'un «changement de structure juridique». Je fais miens ^a les propos précités de la Cour supérieure à ce sujet (à la p. 984):

Lorsqu'il réfère à la structure juridique de l'entreprise, le législateur entend le cadre juridique à l'intérieur duquel fonctionnent patron, employés, cadres et salariés. ^b Le mot «entreprise» ne s'adresse donc pas qu'à la fonction précise exercée par un salarié. Il réfère à l'ensemble des composantes d'une affaire . . .

L'adéquation entre l'entreprise et les fonctions ^c énumérées au certificat d'accréditation est donc erronée. L'entreprise ne naît pas de l'accréditation; elle lui est antérieure. L'article 45 reconnaît ce fait élémentaire en ce qu'il s'applique dès le stade d'une procédure en vue de l'obtention d'une accréditation. ^d Lorsqu'elle existe, l'accréditation possède une importance certaine en ce qu'elle précise les fonctions et permet de s'assurer qu'elles se retrouvent chez le nouvel employeur. Ce constat n'est ^e toutefois pas concluant à lui seul.

Au lieu d'être réduite à une liste de fonctions, l'entreprise recouvre l'ensemble des moyens dont dispose un employeur pour atteindre la fin qu'il ^f recherche. J'adopte la définition de l'entreprise proposée par le juge Lesage dans une affaire subséquente, *Mode Amazone c. Comité conjoint de Montréal de l'Union internationale des ouvriers du vêtement pour dames*, [1983] T.T. 227, à la ^g p. 231:

L'entreprise consiste en un ensemble organisé suffisant des moyens qui permettent substantiellement la poursuite en tout ou en partie d'activités précises. Ces ^h moyens, selon les circonstances, peuvent parfois être limités à des éléments juridiques ou techniques ou matériels ou incorporels. La plupart du temps, surtout lorsqu'il ne s'agit pas de concession en sous-traitance, l'entreprise exige pour sa constitution une addition valable ⁱ de plusieurs composantes qui permettent de conclure que nous sommes en présence des assises mêmes qui permettent de conduire ou de poursuivre les mêmes activités: c'est ce qu'on appelle le *going concern*. Dans *Barnes Security*, le juge René Beaudry, alors juge puîné, ^j n'exprimait rien d'autre en mentionnant que l'entreprise consistait en «l'ensemble de ce qui sert à la mise en œuvre des desseins de l'employeur».

... each case is unique in terms of adding a number of components to determine the foundations of the undertaking, in whole or in part. It is not always necessary for the movable and immovable property to be transferred, for specialized technical resources to be transferred, for inventory and know-how to be included in the transaction. There must however be adequate resources, directed towards a certain activity by the first employer, which are used by the second in an identifiable way for the same purposes in terms of the work required from employees, even if the commercial or industrial objective is different.

Precisely because of the need to identify in the second employer's operations the same use of operating resources transferred by the first employer (otherwise there would simply have been a transfer of physical assets which can be used for any purpose), it was found to be desirable to simplify matters and to say that, once the same activities were carried on by a second employer, it followed that the latter must have acquired sufficient operating resources from the first to ensure continuity of the undertaking. Some have gone even further and, seeking simple guidelines and accessible formulas, have purported to see passages in certain judgments as affirming a so-called occupational theory of the undertaking. This is an indirect way of getting around the problem of the legal relation, by reducing or indeed eliminating the practical necessity for a legal relation in the continuity of the undertaking.

This definition has since received the approval of several judges of the Labour Court, and to the best of my knowledge it is the only one which takes into account the various legal operations required to bring s. 45 into operation. (*Alimentation de la Seigneurie Inc. v. Union des employés de commerce, local 500*, D.T.E. 83T-694; *Union des employés de commerce, local 500 T.U.A.C. (U.F.C.W.) v. Union des employés de commerce, local 501 T.U.A.C. (U.F.C.W.)*, D.T.E. 85T-521; *Industries du frein total Ltée v. Syndicat international des travailleurs unis de l'automobile, de l'aérospatiale et de l'outillage agricole d'Amérique (T.U.A.-F.T.Q.-C.T.C.), section locale 1900*, [1985] T.T. 220; *Syndicat des salariés de la Boulangerie Weston (C.S.D.) v. Union des employés de commerce, local 501, T.U.A.C.*, [1986] T.T. 128.)

... chaque cas en est un d'espèce lorsqu'il s'agit d'ajouter un certain nombre de composantes pour retrouver les assises de l'entreprise, en tout ou en partie. Il n'est pas toujours nécessaire que les meubles et que l'immeuble soient cédés, que les moyens techniques spécialisés soient transférés, que l'inventaire et le *know-how* soient compris dans la transaction. Il faut cependant que des éléments suffisants, orientés à une certaine activité par un premier employeur, se retrouvent chez un second qui s'en sert, de façon identifiable, aux mêmes objectifs quant au travail requis des salariés, même si sa finalité commerciale ou industrielle est différente.

En raison précisément de la nécessité de retrouver chez le second employeur la même utilisation des moyens de fonctionnement transmis par le premier (sinon on n'aurait été en présence que d'un simple transfert d'actif physique utilisable sans spécificité), l'on a été porté à simplifier et à affirmer que, dès que les mêmes activités étaient effectuées par un second employeur, il s'ensuivait qu'il avait dû acquérir suffisamment de moyens de fonctionnement du premier pour caractériser la continuité d'entreprise. On est même allé plus loin et certains exégètes, à la recherche de directives simples et de formules accessibles, ont voulu voir dans les passages de certains jugements l'affirmation d'une théorie dite occupationnelle de l'entreprise. C'est une façon indirecte de contourner le problème du lien du droit, en réduisant voire annulant sa nécessité pratique pour qu'il y ait continuité d'entreprise.

Cette définition a reçu depuis l'assentiment de plusieurs juges du Tribunal du travail et, au meilleur de ma connaissance, elle est la seule qui tienne compte des diverses opérations juridiques requises pour enclencher l'application de l'art. 45. (*Alimentation de la Seigneurie Inc. c. Union des employés de commerce, local 500*, D.T.E. 83T-694; *Union des employés de commerce, local 500 T.U.A.C. (U.F.C.W.) c. Union des employés de commerce, local 501 T.U.A.C. (U.F.C.W.)*, D.T.E. 85T-521; *Industries du frein total Ltée c. Syndicat international des travailleurs unis de l'automobile, de l'aérospatiale et de l'outillage agricole d'Amérique (T.U.A.-F.T.Q.-C.T.C.), section locale 1900*, [1985] T.T. 220; *Syndicat des salariés de la Boulangerie Weston (C.S.D.) c. Union des employés de commerce, local 501, T.U.A.C.*, [1986] T.T. 128.)

In view of the framework imposed on collective bargaining by the legislator, this "concrete" definition of the undertaking is the only one which proves capable of describing an undertaking in all its aspects. Without such a description, there are no means to determine the continuity of an undertaking which has been the subject of alienation or operation by another. Section 45 provides for a transfer of the certification and the collective agreement from one employer to another despite the alienation or operation by another of the undertaking: a certification which has been issued and an agreement which has been negotiated in the context of a specific undertaking. Continuity of the undertaking is a condition for the application of s. 45 because the relevance of the certification and the agreement depends on the existence of that undertaking, at least in its essential elements.

I repeat that similarity of functions is necessary to determine whether the essential elements of the undertaking continue to exist, but it is a mistake to make this the absolute criterion for applying s. 45. In general this criterion does not allow a distinction to be made between two rival undertakings. Similarity of functions as such could only indicate continuity in an undertaking to the extent that the undertaking in question has no other special characteristic.

Instead of an unwarranted focus on a single factor, the test of continuity in an undertaking requires identification of the essential elements of the undertaking, which must be found to exist to a sufficient degree in the new employer's operations. Each component must be weighed according to its respective importance. If the clientele of a certain undertaking is by nature fluid, the fact that the new purchaser has kept none of his predecessor's customers will not be significant. On the other hand, an undertaking whose primary characteristic is exclusive equipment will be transferred to a new employer only in so far as the latter has acquired *inter alia* the equipment in question.

The need to develop a test that takes the undertaking as a whole into consideration has also been recognized in the analysis s. 96 of the *Act respecting labour standards*, R.S.Q., c. N-1.1 (hereinafter referred to as the *A.L.S.*):

Compte tenu du cadre imposé par le législateur à la négociation collective, cette définition «concrète» de l'entreprise est la seule qui se révèle apte à décrire une entreprise dans toute sa spécificité.

a Dépourvu d'une telle description, on se trouve sans moyens de vérifier la continuité de l'entreprise qui a été l'objet de l'aliénation ou la concession. L'article 45 opère une transmission de l'accréditation et de la convention collective d'un employeur à l'autre malgré l'aliénation ou la concession de l'entreprise: une accréditation qui a été accordée et une convention qui a été négociée dans le contexte d'une entreprise précise. La continuité de l'entreprise s'impose comme condition essentielle à l'application de l'art. 45 parce que la pertinence de l'accréditation et de la convention dépend de l'existence de cette entreprise, au moins dans ses éléments essentiels.

d Je répète que la similitude des tâches est nécessaire lors de la recherche du maintien de l'entreprise dans ses éléments essentiels, mais il est erroné d'en faire le critère absolu de l'application de l'art. 45. Ce critère ne permet généralement pas de distinguer deux entreprises rivales. La similitude des fonctions ne serait révélatrice en soi d'une succession d'entreprise que dans la mesure où l'entreprise en question ne posséderait pas d'autre caractéristique propre.

g Au lieu de porter erronément sur un seul facteur, le test du maintien de l'entreprise suppose l'identification des éléments essentiels d'une entreprise lesquels doivent se retrouver, de façon suffisamment importante, chez le nouvel employeur. Chaque élément doit être pondéré selon son importance respective. Si la clientèle d'une certaine entreprise est par essence volatile, il sera sans conséquence que le nouvel acquéreur n'ait retenu aucun client de son prédécesseur. À l'opposé, une entreprise dont la caractéristique principale est l'équipement exclusif sera transmise chez un nouvel employeur en autant que ce dernier ait acquis entre autres le matériel en question.

j La nécessité d'élaborer un test qui prenne en considération l'entreprise dans son intégralité a été aussi reconnue dans l'analyse de l'art. 96 de la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., chap. N-1.1 (ci-après désignée *L.N.T.*):

96. The alienation or concession of the whole or a part of an undertaking otherwise than by judicial sale does not invalidate any civil claim arising from the application of this act or a regulation which is not paid at the time of such alienation or concession. The former employer and the new employer are bound jointly and severally in respect of that claim.

The courts and academic writers have often noted the relationship between s. 45 of the Code and s. 96 of the *A.L.S.* (*Commission des normes du travail v. Delta Granite Inc.*, J.E. 85-927 (C.S.); *Commission des normes du travail v. Banque nationale du Canada*, D.T.E. 88T-282 (C.S.); *Commission des normes du travail v. Frank White Entreprises Inc.*, [1984] C.P. 232; *Commission des normes du travail v. Erdan*, [1985] C.P. 353; G. Hébert and G. Trudeau, *Les normes minimales du travail au Canada et au Québec* (1987), at p. 55; R. P. Gagnon, *Droit du travail* (1987), in *Cours de la formation professionnelle du Barreau du Québec 1986-87*, vol. 8, at p. 272). Because of the personal nature of the right it confers, s. 96 sets out the transfer of employees to the new employer as a basic condition. However, the analysis of the continuity of the undertaking is not limited to ensuring that the duties of these employees are the same. In a document prepared for the purpose of expressing its views on the scope of the provisions of the *A.L.S.*, the Commission des normes du travail proposes a test which goes well beyond a simple comparison of the duties of employees:

[TRANSLATION]—In order for s. 96 to apply, therefore, it must be shown that the original undertaking has been continued by the new employer. Certain guidelines have been developed for this purpose. Consideration may be given to the place of the business, the resources, the commercial equipment as a whole, goods in inventory, services offered, suppliers and customers, the name of the business, the purpose of the undertaking and so on . . . [Emphasis in original.]

(Direction des affaires juridiques of the Commission des normes du travail, *Loi sur les normes du travail, règlement sur les normes du travail, Loi sur la fête nationale: interprétation et jurisprudence* (1986), at p. 58.)

Like section 96 of the *A.L.S.*, s. 45 sees the undertaking in the particular form it takes under

96. L'aliénation ou la concession totale ou partielle d'une entreprise autrement que par vente en justice n'invalide aucune réclamation civile qui découle de l'application de la présente loi ou d'un règlement et qui n'est pas payée au moment de cette aliénation ou concession. L'ancien employeur et le nouveau sont liés conjointement et solidairement à l'égard d'une telle réclamation.

La jurisprudence et la doctrine ont souligné à de nombreuses reprises la parenté de l'art. 45 du Code et de l'art. 96 de la *L.N.T.* (*Commission des normes du travail c. Delta Granite Inc.*, J.E. 85-927 (C.S.); *Commission des normes du travail c. Banque nationale du Canada*, D.T.E. 88T-282 (C.S.); *Commission des normes du travail c. Frank White Entreprises Inc.*, [1984] C.P. 232; *Commission des normes du travail c. Erdan*, [1985] C.P. 353; G. Hébert et G. Trudeau, *Les normes minimales du travail au Canada et au Québec* (1987), à la p. 55; R. P. Gagnon, *Droit du travail* (1987), dans les *Cours de la formation professionnelle du Barreau du Québec 1986-87*, vol. 8, à la p. 272). En raison de la nature personnelle du droit qu'il confère, l'art. 96 pose comme condition de base le transfert de salariés auprès du nouvel employeur. L'examen de la continuité de l'entreprise ne se limite pas pour autant à s'assurer de l'identité des fonctions de ces employés. Dans un document destiné à présenter son opinion sur la portée des dispositions de la *L.N.T.*, la Commission des normes du travail propose un test qui va bien au-delà de la seule comparaison des fonctions des employés:

—Pour l'application de l'article 96, il faut donc démontrer la continuité de l'entreprise originale par le nouvel employeur. Pour ce faire, certains critères ont été élaborés. On peut tenir compte du lieu de l'établissement, des moyens d'action, de l'ensemble de l'équipement commercial, des biens en inventaire, des services offerts, des fournisseurs et de la clientèle, du nom de commerce, de la finalité de l'entreprise, etc . . . [Souligné dans l'original.]

(Direction des affaires juridiques de la Commission des normes du travail, *Loi sur les normes du travail, règlement sur les normes du travail, Loi sur la fête nationale: interprétation et jurisprudence* (1986), à la p. 58.)

À l'instar de l'art. 96 de la *L.N.T.*, l'art. 45 envisage l'entreprise telle qu'elle est particularisée

an employer. Each undertaking has special characteristics that enable it to be the subject of an alienation, operation by another, amalgamation, division or change in its legal structure. The fundamental purpose of s. 45 is to regulate certain consequences in labour law of the transfer of a specific undertaking which originated with a given employer; it makes no claim to prescribe working conditions for an entire trade or occupation, without any distinction. Judge Girouard correctly explained the fundamental difference between s. 45 and special statutes intended to regulate the working conditions of all employees engaged in a similar occupation (at pp. 191-94):

[TRANSLATION] The tendency to see, in s. 45 of the Code, nothing but the undertaking itself, without any relation either to the originator of the undertaking (the employer in the words of the Code) or to the workforce necessary for its operation (the certified association in the words of the Code) brings about the application of this section to an activity, trade or profession despite the employers and despite the manner in which their employees have chosen to unionize and to be certified. As a result, they are subject to a monopolistic situation, just as is the case under the following statutes, where, however, the legislator intended and provided for the monopoly: the *Professional Code* and various enabling statutes in each profession; the *Act respecting labour relations in the construction industry*; the *Act respecting building contractors' vocational qualifications*. An example of monopolistic application is also to be found in the *Act respecting collective agreement decrees*, when the decree is deemed to regulate a trade rather than undertakings (e.g. a decree regarding mechanics rather than a decree relating to garages).

When an association is certified, not only must it identify the employer with respect to which it is making its application, but it must also indicate the group of employees it intends to represent: this is known as the bargaining unit within a specific establishment. Sectorial or industrial certification generally does not exist under the *Labour Code*. Section 21 states: "Any association of employees comprising the absolute majority of the employees of an employer ... is entitled to be certified."

It necessarily follows that, under s. 45,

(a) a person who purchases goods and services required by his undertaking, when he has already decided not to

chez un employeur. Chaque entreprise présente des caractéristiques propres qui lui permettent d'être l'objet d'une aliénation, d'une concession, d'une fusion, d'une division ou d'un changement de structure juridique. L'article 45 a comme fondement de régir certaines conséquences en droit du travail du transfert d'une entreprise spécifique qui avait pris racine auprès d'un employeur donné; il n'aspire nullement à prescrire les conditions de travail d'un corps de métier ou d'une profession entière sans autre distinction. Le juge Girouard expose à juste titre la différence fondamentale qui distingue l'art. 45 des lois spéciales destinées à régir les conditions de travail de tous les salariés exerçant un métier semblable (aux pp. 191 à 194):

Cette attitude de ne voir, dans l'article 45 du code, l'entreprise qu'en soi et sans sa relation avec l'auteur de cette entreprise (l'employeur du code) ainsi qu'avec la main d'œuvre nécessaire à la marche de cette entreprise (l'association accréditée du code) a pour résultat de faire appliquer l'article à une activité, un métier, une profession sans considération, non seulement des employeurs, mais aussi de leurs salariés tels qu'ils se sont syndiqués et faits accréditer. D'où cette situation monopolistique qui s'imposerait à ceux-ci comme c'est le cas dans les lois suivantes où, cependant, le législateur l'a voulu et prévu spécifiquement: *Code des professions* et diverses lois organiques de chaque profession; *Loi sur les relations de travail dans l'industrie de la construction*; *Loi sur la qualification professionnelle des entrepreneurs de construction*. Un exemple d'application monopolistique se trouve aussi dans la *Loi sur les décrets de convention collective*, lorsqu'un décret est réputé régir un métier plutôt que les entreprises (v.g. un décret sur la mécanique plutôt qu'un décret sur les garages).

Lorsqu'une association se fait accréditer, non seulement elle doit identifier l'employeur envers qui elle dirige sa requête, mais elle doit aussi indiquer le groupe de salariés qu'elle entend représenter: c'est ce qu'on appelle l'unité dans un établissement précisé. L'accréditation, sectorielle ou industrielle, n'existe généralement pas au *Code du travail*. L'article 21 énonce: «Le droit à l'accréditation existe à l'égard de la totalité des salariés de l'employeur ou de chaque groupe desdits salariés ...».

Il s'ensuit nécessairement que, par le jeu de l'application de l'article 45, on ne saurait:

a) dans le cas d'un acheteur de biens ou de services nécessaires à son entreprise alors qu'il a déjà décidé de

“make them” or “provide them” himself, will not be bound by a certification and collective agreement that apply only to his supplier, e.g. the school board and M.B.D.;

(b) in the case of two suppliers of goods and services, a certification and collective agreement which concern one of the suppliers separately and exclusively cannot be transferred to the other unless the undertaking of the first supplier (or part thereof) has been transmitted to the second.

3. *The Requirement of a Legal Relation Between Successive Employers*

(a) A Legal Relation

If the adoption of a “functional” definition of an undertaking may lead to an erroneous conclusion about the continuity of the undertaking, it also excludes any necessity for a legal relation between the undertaking’s successive employers. Seen as a group of functions, the alienation or operation by another of the undertaking in the traditional sense of those words becomes impossible. It thus becomes necessary to give the words “alienation” and “operation by another” a non-legal and even uncommon meaning, thereby excluding the legal relation which is usually considered inherent in these concepts.

The majority of the members of the Labour Court considered that the first paragraph of s. 45 does not require a legal relation between successive employers. Chief Judge Geoffroy said the following (at pp. 122 and 124):

[TRANSLATION] “The alienation of an undertaking” means, seen from the standpoint of the undertaking as the provision suggests, the extinction by whatever means of the legal relation linking an employer to the ownership or enjoyment of an undertaking.

No requirement of the existence of a legal relation can be found in this first paragraph of s. 45. On the contrary, the legal relation linking the employer to the undertaking has been broken. All the paragraph says is that this break does not invalidate the collective agreement.

Judge Beaudry expressed essentially the same idea in the additional reasons he delivered (at pp. 130-31):

ne pas «se les faire» ou de «se les donner» lui-même, faire survenir chez lui une accréditation et une convention collective qui ne visent que son fournisseur, v.g. la commission scolaire et M.B.D.;

a b) dans le cas de deux fournisseurs de biens ou de services, lesquels ne se trouvent en aucune relation de transmission de leurs entreprises respectives (ou de partie d’icelles), faire passer de l’un à l’autre des accréditations et des conventions collectives qui les concernent séparément et exclusivement, v.g. S.L.R. et S.M.R.

3. *La nécessité d’un lien de droit entre employeurs successifs*

a) Le lien de droit

Si l’adoption d’une définition «fonctionnelle» de l’entreprise permet de conclure erronément à la continuité d’une entreprise, elle écarte également toute nécessité d’un lien de droit entre les employeurs successifs de l’entreprise. Vue comme un ensemble de tâches, l’aliénation ou la concession, au sens traditionnel de ces mots, de l’entreprise devient impossible. On est donc obligé de donner aux mots «aliénation» et «concession» un sens non-juridique, même inusité, écartant ainsi le lien juridique que, d’habitude, ces concepts postulent.

f La majorité des membres du Tribunal du travail considère que le premier alinéa de l’art. 45 ne requiert pas de lien juridique entre employeurs successifs. Le juge en chef Geoffroy s’exprime g ainsi (aux pp. 122 et 124):

«L’aliénation d’une entreprise» signifie, vue du point de vue de l’entreprise comme le texte nous y invite, l’extinction, par quelque moyen que ce soit, du lien de droit que détenait un employeur sur la propriété ou la jouissance h d’une entreprise.

Dans ce premier alinéa de l’article 45, on ne relève aucune exigence imposant l’existence d’un lien de droit. i Au contraire, il y a eu rupture d’un lien de droit, celui reliant un employeur à une entreprise. Tout ce que dit l’alinéa, c’est que cette rupture n’entraîne pas l’invalidité de la convention collective.

j Le juge Beaudry reprend essentiellement la même idée dans les motifs additionnels qu’il dépose (aux pp. 130 et 131):

[TRANSLATION] One thing is certain, and that is that the first paragraph of s. 45 does not say by whom the alienation or conferral of a right to operate the undertaking may or must be made. The paragraph announces in a negative manner the existence of successorship rights in favour of the certification with respect to the undertaking. The legislator attaches the certification to the undertaking rather than to the employer, as is the case when the certification is granted.

... since the means by which the total or partial operation of the undertaking by another comes about is irrelevant to s. 45, any requirement of a legal relation between the "first new employer" and the "second new employer" would be an addition to the text of s. 45.

Similarly Judge Morin considered that the determining factor is the continuity of the undertaking, without any additional requirement of a legal relationship between the two employers in question (at pp. 135-36):

[TRANSLATION] This requirement of such a legal relation seems to me to be contrary to the letter and the spirit of s. 45. There is nothing in the wording of s. 45 to require that the alienation or operation by another be decided by the previous employer.

For s. 45 to apply, there must have been operation by another or alienation of the undertaking; this means that the same undertaking must have continued to exist.

Unlike the other members of the majority, Judge Morin considered that the factor of continuity of the undertaking required a connection between the two employers. However, he saw no requirement that the operation by another or the alienation proceed from the previous employer nor that the previous employer himself should have (by contract of sale or otherwise) put his undertaking into a second employer's hands. In the case at bar, the necessary connection between the two subcontractors was established by the *C.S.R.O.*, which was responsible for selecting the contractor to perform the janitorial services.

With the greatest respect for the contrary view, the position taken by the majority is, like the "functional" definition of an undertaking, untenable in light of the wording of s. 45 and the context of collective bargaining. While it is true that s. 45 does not expressly require a legal relation between

Une chose est certaine, c'est que le premier alinéa de l'article 45 ne dit pas par qui l'aliénation ou la concession doit ou peut être faite. Cet alinéa décrète de manière négative un «droit de suite» à l'égard de «l'entreprise», en faveur de l'accréditation. Le législateur rattache l'accréditation à l'entreprise et non à l'employeur, comme il le fait pour l'octroi de l'accréditation.

... comme l'article 45 ne se préoccupe aucunement de la manière dont la concession totale ou partielle est effectuée, l'exigence d'un lien de droit entre le «premier nouvel employeur» et le «deuxième nouvel employeur» impliquerait un ajout au texte de l'article 45.

Le juge Morin estime de même que le critère déterminant est la continuité de l'entreprise, sans qu'il faille exiger de plus une relation juridique entre les deux employeurs visés (aux pp. 135 et 136):

Cette exigence d'un tel lien de droit me semble aller à l'encontre du texte et de l'esprit de l'article 45. En effet, rien dans le texte de l'article 45 n'exige que l'aliénation ou la concession soit décidée par l'employeur précédent.

Pour que l'article 45 s'applique, il faut qu'il y ait eu concession ou aliénation de l'entreprise; c'est donc dire qu'il faut être en présence de la même entreprise.

Contrairement aux autres membres de la majorité, le juge Morin est d'avis que l'élément de continuité de l'entreprise nécessite un lien entre les deux employeurs. Il n'y aurait toutefois pas lieu d'exiger que l'employeur précédent soit à l'origine de la concession ou de l'aliénation ou qu'il ait lui-même, par contrat de vente ou autrement, confié son entreprise à un autre employeur. Le lien entre les deux sous-traitants aurait été créé en l'espèce par la *C.S.R.O.* à qui il incombe de choisir l'entrepreneur qui effectue les tâches d'entretien.

Avec les plus grands égards pour l'opinion contraire, la position adoptée par la majorité est, tout comme la définition dite «fonctionnelle» de l'entreprise, insoutenable face au libellé de l'art. 45 et au contexte de la négociation collective. S'il est vrai que l'art. 45 n'exige pas explicitement un lien de

successive employers, it is nonetheless a fact that the existence of such a connection is necessarily inferred from the principles of collective bargaining, the language used by the legislator and the history of ss. 45 and 46.

There is unanimous agreement that, again in the words of Chouinard J. in *Adam v. Daniel Roy Ltée*, *supra*, at p. 688, "[the] primary purpose [of s. 45] was to alter the situation created by the decision of the Court of Appeal in *Brown, Syndicat national des travailleurs de la pulpe et du papier de La Tuque Inc. v. Commission des relations ouvrières de la Province de Québec*, [1958] Que. Q.B. 1". The effect of the Court of Appeal's decision in *Brown* was to recognize that the principles of civil law, and in particular the principle of the relativity of contracts stated in art. 1023 *C.C.L.C.*, cause the certification and the collective agreement to become void when the undertaking is sold. Sections 45 and 46 were enacted to remedy this effect of the civil law.

What is noteworthy is that the language of s. 45 does not purport to alter the civil law or to preclude any application of the civil law to an undertaking which is the subject of a certification or a collective agreement. Its sole purpose is to prevent the certification or collective agreement from becoming void because of the rules of civil law.

In other words, s. 45 does not regulate in any general way the alienation or operation by another of an undertaking. For example, the sale of a unionized undertaking is made in accordance with the rules of the ordinary law, just as is the sale of a non-unionized undertaking. The effect of s. 45 is simply to preserve the validity of the certification and the collective agreement in the event of a sale, provided there is continuity of the undertaking.

Thus it is clear that the existence of an alienation or operation by another of the undertaking can only be established by reference to the civil law. Contrary to the submissions of the appellant, reference to the civil law definitions of alienation and operation by another does not attack the specialized nature of labour law. On the contrary,

droit entre employeurs successifs, il n'en est pas moins vrai que l'existence d'un tel lien s'infère nécessairement des principes de la négociation collective, des termes employés par le législateur, et de l'histoire des art. 45 et 46.

Il est unanimement reconnu que, pour reprendre les mots du juge Chouinard dans l'affaire *Adam c. Daniel Roy Ltée*, précitée, à la p. 688, «[l']objet premier [de l'art. 45] était de modifier la situation créée par l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Brown, Syndicat national des travailleurs de la pulpe et du papier de La Tuque Inc. c. Commission des relations ouvrières de la Province de Québec*, [1958] B.R. 1.» L'effet de la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Brown* était de reconnaître que les principes du droit civil, et notamment le principe de la relativité des contrats énoncé à l'art. 1023 *C.c.B.C.*, mènent à la caducité de l'accréditation et de la convention collective suite à la vente de l'entreprise. Les articles 45 et 46 ont été promulgués afin de remédier à cet effet du droit civil.

Ce qu'il importe de souligner c'est que les termes de l'art. 45 ne prétendent pas modifier le droit civil, ni écarter toute application du droit civil à une entreprise qui est l'objet d'une accréditation ou d'une convention collective. Son seul objet est de prévenir l'invalidité de l'accréditation ou de la convention collective à cause des principes du droit civil.

En d'autres termes, l'art. 45 ne règle pas, de façon générale, l'aliénation ou la concession d'une entreprise. À titre d'exemple, la vente d'une entreprise où il y a un syndicat, tout comme la vente d'une entreprise où il n'y en a pas, se fait selon les règles du droit commun. L'effet de l'art. 45 est simplement de maintenir la validité de la certification et de la convention collective suite à une vente, pourvu qu'il y ait continuité de l'entreprise.

Il est donc évident que l'existence d'une aliénation ou d'une concession de l'entreprise ne peut être établie que par recours au droit civil. Contrairement à ce que prétend l'appellant, le recours aux définitions civilistes de l'aliénation et de la concession ne porte pas atteinte au particularisme du droit du travail. Bien au contraire, c'est le législa-

it is the legislator who has imposed such an approach: it is impossible to ignore the civil law when the Court must interpret a provision designed to create an exception to a civil law rule, that of the relativity of contracts, especially where the legislator expresses the exception in the terminology of the civil law.

Therefore I believe it to be mistaken to argue that a legal relation is unnecessary because s. 45 does not specify by whom the alienation or operation by another can be made. Such exactitude would have been quite superfluous. Alienation and operation by another are defined in terms of the relation between the holder of a right and the person who acquires the use of it. It is apparent that only someone who enjoys a right of ownership can alienate his undertaking. The following definitions all show that alienation presupposes a legal relation between the person who enjoys the right of ownership and the purchaser:

[TRANSLATION] **Alienation**

(1) Thus, sale, exchange and gift are regarded as true alienations. Customarily the term *alienation* is applied mainly to this type of act.

(10) ... however, in usage, in legislation and in the books of legal scholars, the word *alienation* means in particular the transfer of *ownership* from one person to another. In this sense it is contrasted with the word *administration*. An administrator sometimes transfers use of a thing in order to get a better return from it; he never transfers ownership.

(22) From the fact that alienation is the consequence of ownership it follows that no one can, without our concurrence and consent, transfer the ownership of what is ours to someone else. [Emphasis added.]

(Rolland de Villargues, *Dictionnaire du droit civil, commercial et criminel* (4^e éd. 1889), vol. 1, at pp. 267-68.)

Alienation

(Translative) operation by which the person alienating voluntarily transfers to another the ownership in a thing (or other right), whether onerously (a sale is an alienation) or gratuitously (e.g. gift), *inter vivos* (gift from hand to hand) or *mortis causa* (legacy), by particular title (transfer of identified items of property) or by general title (universal legacy). [Emphasis added.]

(Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique* (1987), at p. 43.)

teur qui dicte une telle démarche: il est impossible d'ignorer le droit civil quand il s'agit d'interpréter une disposition qui a pour objectif de déroger à l'une des règles de ce droit, celle de la relativité des contrats, d'autant plus que, pour y parvenir, le législateur emprunte précisément la terminologie du droit privé.

Il me semble donc erroné de soutenir qu'un lien de droit est inutile du fait que l'art. 45 ne spécifie pas par qui l'aliénation ou la concession peut être faite. Une telle précision eut été tout à fait superflue. L'aliénation et la concession se définissent en fonction du lien qui unit le détenteur d'un droit à celui qui en acquiert l'usage. Il est manifeste que seule la personne jouissant du droit de propriété peut aliéner l'entreprise qu'elle possède. Les définitions suivantes démontrent toutes que l'aliénation présuppose un lien de droit entre la personne bénéficiant du droit de propriété et l'acquéreur:

Aliénation

1^o Ainsi, l'on conçoit d'abord que la vente, l'échange, la donation sont de véritables aliénations. C'est surtout à ces diverses sortes d'actes que, dans l'usage, l'on applique le terme d'*aliénation*.

10^o ... mais, dans l'usage, dans les lois et dans les livres des juriconsultes, le mot *aliénation* signifie particulièrement le transport de la *propriété* d'une main dans une autre. C'est en ce sens qu'il est opposé au mot *administration*. L'administrateur transporte quelquefois l'usage de la chose pour en tirer un meilleur parti; jamais il ne transfère la propriété.

22^o De ce que l'aliénation est l'effet de la propriété, il résulte qu'on ne peut, sans notre fait et sans notre consentement, transférer à autrui la propriété de ce qui est à nous. [Je souligne.]

(Rolland de Villargues, *Dictionnaire du droit civil, commercial et criminel* (4^e éd. 1889), t. 1, aux pp. 267 et 268.)

Aliénation

Opération (translative) par laquelle celui qui aliène transmet volontairement à autrui la propriété d'une chose (ou un autre droit) soit à titre onéreux (la vente est une aliénation) soit à titre gratuit (ex. donation), soit entre vifs (don manuel), soit à cause de mort (legs), soit à titre particulier (transfert de titres nominatifs), soit à titre universel (legs universel). [Je souligne.]

(Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique* (1987), à la p. 43.)

Alienation

Act by which a person transfers to another ownership of thing which forms part of his patrimony. Alienation by gratuitous title (gift or legacy) from alienation by onerous title (exchange, consumer loan or sale). [Emphasis added.]

(S. Corniot, *Dictionnaire de droit* (1966), vol. I, at p. 93.)

Alienation

Transfer of thing or right, gratuitously or onerously, from one person to another. [Emphasis added.]

(A. Perraud-Charmantier, *Petit dictionnaire de droit* [1948], at p. 26.)

Aliénation

Voluntary or legal transmission of ownership of thing or right, considered in relation to the transferor. [Emphasis added.]

(H. Capitant, *Vocabulaire juridique* (1936), at p. 46.)

Alienation

Transfer of property *inter vivos*, especially of right of ownership.

(Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé* (1985), at p. 17.)

The concept of alienation is therefore based on a voluntary transfer of the right of ownership. This definition does not exclude the possibility that an intermediary might intervene in the legal relationship, but it confirms that the decision to alienate can be made only by the holder of the right of ownership, in this case the owner of the undertaking.

The existence of a legal relation is just as intrinsic to the concept of the operation by another of the undertaking ("concession"):

[TRANSLATION] Concession

1. Bilateral or unilateral juridical act by which a person, the grantor, gives another, the grantee, enjoyment of a particular right or benefit. Cf. *assignment, rental, licence*.

(Association Henri Capitant, *op. cit.*, at p. 171.)

Aliénation

Acte par lequel on transfère à autrui la propriété d'une chose que l'on a dans son patrimoine. On distingue l'aliénation à titre gratuit (don, legs) et l'aliénation à titre onéreux (échange, prêt de consommation, vente). [Je souligne.]

(S. Corniot, *Dictionnaire de droit* (1966), t. I, à la p. 93.)

b Aliénation

Transfert d'une chose ou d'un droit, à titre gratuit ou onéreux, d'une personne à une autre. [Je souligne.]

(A. Perraud-Charmantier, *Petit dictionnaire de droit* [1948], à la p. 26.)

c Aliénation

Transmission volontaire ou légale de la propriété d'une chose ou d'un droit, considérée par rapport à celui qui transmet. [Je souligne.]

(H. Capitant, *Vocabulaire juridique* (1936), à la p. 46.)

Aliénation

Transfert entre vifs d'un bien, spécialement du droit de propriété.

(Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé* (1985), à la p. 17.)

Le concept de l'aliénation repose donc sur la transmission volontaire du droit de propriété. Cette définition n'écarte pas la possibilité qu'un intermédiaire intervienne dans la relation juridique, mais elle confirme que la décision d'aliéner ne relève que de la personne titulaire du droit de propriété, en l'occurrence le propriétaire de l'entreprise.

L'existence d'un lien de droit est tout aussi intrinsèque au concept de la concession:

Concession

1. Acte juridique bilatéral ou unilatéral en vertu duquel une personne, le concédant, accorde à une autre, le concessionnaire, la jouissance d'un droit ou d'un avantage particulier. Comp. *cession, location, licence*.

(Association Henri Capitant, *op. cit.*, à la p. 171.)

Concession

A word whose legal meaning varies depending on type, but which in any case covers mutual agreement. [Emphasis added.]

(R. Guillien and J. Vincent, *Lexique de termes juridiques* (5^e éd. 1981), at p. 96.)

The intent to give up the right of ownership or the right to operate an undertaking is thus essential to the existence of an alienation or operation by another. This intent may be either immediate or conditional: it suffices that the holder of the rights in the undertaking consents to the acquisition of the ownership of the undertaking or to its operation by another.

The tribunals specializing in labour law have been the first to recognize that the words "alienation" and "operation by another" necessarily refer to the presence of a legal relation between successive employers. In 1970, in *Centrale de Chauffage, supra*, Associate Chief Judge Quimper gave a definition of the word "operation by another" which has become classic (at p. 239):

[TRANSLATION] The words OPERATION BY ANOTHER ... cannot be interpreted in the limited sense of the granting of a privilege, benefit or favour. Rather it must be given a broad meaning capable of embracing every kind of subcontract, otherwise it would be meaningless.

For there to be operation by another, therefore, two conditions must exist:

(1) the transfer of operations to a third party must originate within the framework of the undertaking;

(2) the work transferred must be covered by a collective agreement or certification. [Emphasis added.]

Some two years later, Judge Beaudry also concluded in *Barnes Security Service Ltd. v. Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aérospatiale, local 2235*, [1972] T.T. 1, at p. 12, that a legal relation must exist:

[TRANSLATION] In interpreting the words "operation by another" there does not appear to be any conflict between the English and French meanings. Neither assumes the idea of a sale, assignment or transfer of movable or immovable property or of rights. On the contrary, these expressions indicate the involvement of a third party in the management, administration or performance of the operations of the undertaking, in

Concession

Mot dont le sens juridique varie de type à type, mais qui recouvre en tout cas un accord de volonté. [Je souligne.]

^a (R. Guillien et J. Vincent, *Lexique de termes juridiques* (5^e éd. 1981), à la p. 96.)

^b La volonté de se départir du droit de propriété ou du droit d'exploitation de l'entreprise est donc essentielle à la survenance d'une aliénation ou d'une concession. Il est de peu d'importance que cette volonté soit immédiate ou conditionnelle: il suffit que le titulaire des droits dans l'entreprise consente à l'acquisition de la propriété de l'entreprise ou à son exploitation par autrui.

^c Les juridictions spécialisées en droit du travail ont d'ailleurs été les premières à reconnaître que les mots «aliénation» et «concession» font inéluctablement référence à la présence d'un lien de droit entre employeurs successifs. Dès 1970, le juge en chef adjoint Quimper donne dans *Centrale de Chauffage, précité*, une définition du mot «concession» devenue classique (à la p. 239):

^d Le mot CONCESSION [...] ne saurait être interprété dans le sens restreint d'octroi de privilège, d'avantage ou de faveur. Il doit plutôt recevoir un sens large qui soit susceptible de désigner toute forme de sous-contrat, autrement il ne voudrait rien dire.

Pour qu'il y ait concession, il faut donc deux conditions:

^e 1^o que le transfert d'opérations à un tiers proviene de l'intérieur des cadres de l'entreprise;

^f 2^o que les travaux transférés soient couverts par une convention collective ou par une accréditation. [Je souligne.]

^g Quelque deux ans plus tard, le juge Beaudry conclut aussi à la nécessité d'un lien juridique dans l'arrêt *Barnes Security Service Ltd. c. Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aérospatiale, local 2235*, [1972] T.T. 1, à la p. 12:

^h Or dans l'interprétation du mot concession la version anglaise apparaît sans contradiction avec le sens de l'expression française. Ni l'une ni l'autre ne présuppose l'idée de vente, de cession, de transport de propriété mobilière, ou immobilière ou de droits. Au contraire, ces expressions impliquent le fait d'un tiers dans la gestion, l'administration ou l'exécution des opérations de l'entre-

whole or in part, by gratuitous or onerous contract.
[Emphasis added.]

In *Syndicat des travailleurs forestiers de la division Jacques Cartier (FTPF-CSN) v. H.C. Leduc Ltée*, [1977] T.T. 249, the Labour Court found that the revocation by the Quebec government of a forestry concession awarded to a contractor did not give rise to “operation by another” within the meaning of s. 45 (at p. 252):

[TRANSLATION] The legal concept of “operation by another”, within the meaning of s. 36, involves the expression of intent by the person who grants the right to operate the undertaking. There was no question of this in the case under consideration. DOMTAR did not “decide”, it was the subject of an expression of intent by the government through the Department of Lands and Forests, pursuant to the law.

The requirement of a legal relation has been indicated in many decisions of the Labour Court (*Syndicat national des concierges des commissions scolaires des comtés de Richelieu, Verchères et Yamaska (CSN) v. For-Net Inc.*, *supra*; *Martinique Motor Inn Ltd. v. Union des employés d'hôtel, motel et club*, *supra*; *Clinique communautaire de Pointe St-Charles v. Syndicat professionnel des diététistes du Québec*, [1973] T.T. 338; *Cité de Lachine v. Union des employés municipaux de la Cité de Lachine*, *supra*; *Canadian Kenworth Ltd. v. Syndicat international des travailleurs unis de l'automobile, de l'aéronautique, de l'astronautique et des instruments aratoires d'Amérique*, local 1146, *supra*; *Syndicat des salariés de service d'entretien (C.S.D.) v. Montcalm Carpets Specialists Ltd.*, *supra*; *Gérances West Cliff Ltée v. Union des employés de service*, local 298 F.T.Q., [1981] T.T. 432). This rule has also been approved in several judgments of the ordinary courts of law (*Lecavalier v. Syndicat national des employés de la Ville de Laval Inc. (C.S.N.)*, *supra*; *Hull (Ville de) v. Bibeault*, D.T.E. 83T-906 (C.S.); *Brasserie Labatt Ltée v. Commissaire général du travail*, [1986] R.J.Q. 908 (C.S.); *Fondation-Habitation Champlain Inc. v. Tribunal du travail*, D.T.E. 86T-500 (C.S.) (on appeal)).

prise, en totalité ou en partie par contrat à titre gratuit ou onéreux. [Je souligne.]

^a Dans l'affaire *Syndicat des travailleurs forestiers de la division Jacques Cartier (FTPF-CSN) c. H.C. Leduc Ltée*, [1977] T.T. 249, le Tribunal du travail déclare que la révocation par le gouvernement québécois de la concession forestière accordée à un entrepreneur ne donne pas lieu à une concession au sens de l'art. 45 (à la p. 252):

^c Le concept juridique de «concession», au sens de l'article 36, implique l'expression de la volonté de celui qui fait la concession au concessionnaire. Dans le cas sous étude, il n'en est même pas question. DOMTAR n'a pas «décidé», elle a subi l'expression de la volonté de l'État par la voie du Ministère des Terres et Forêts, en application de la loi.

^d La nécessité d'un lien de droit a été énoncée dans nombre de décisions du Tribunal du travail (*Syndicat national des concierges des commissions scolaires des comtés de Richelieu, Verchères et Yamaska (CSN) c. For-Net Inc.*, précitée; *Martinique Motor Inn Ltd. c. Union des employés d'hôtel, motel et club*, précitée; *Clinique communautaire de Pointe St-Charles c. Syndicat professionnel des diététistes du Québec*, [1973] T.T. 338; *Cité de Lachine c. Union des employés municipaux de la Cité de Lachine*, précitée; *Canadian Kenworth Ltd. c. Syndicat international des travailleurs unis de l'automobile, de l'aéronautique, de l'astronautique et des instruments aratoires d'Amérique*, local 1146, précitée; *Syndicat des salariés de service d'entretien (C.S.D.) c. Montcalm Carpets Specialists Ltd.*, précitée; *Gérances West Cliff Ltée c. Union des employés de service*, local 298 F.T.Q., [1981] T.T. 432). Ce principe a été aussi endossé dans plusieurs jugements des tribunaux de droit commun (*Lecavalier c. Syndicat national des employés de la Ville de Laval Inc. (C.S.N.)*, précitée; *Hull (Ville de) c. Bibeault*, D.T.E. 83T-906 (C.S.); *Brasserie Labatt Ltée c. Commissaire général du travail*, [1986] R.J.Q. 908 (C.S.); *Fondation-Habitation Champlain Inc. c. Tribunal du travail*, D.T.E. 86T-500 (C.S.) (porté en appel)).

(b) The Legal Relation Must Exist Between the Preceding Employer and the New Employer

The concepts of alienation and operation by another are based on an intentional transfer of a right: it is therefore necessary to determine between whom this mutual intent must exist.

In my introduction to the interpretation of s. 45, I indicated that it is implicit in the principles of collective bargaining that the undertaking must necessarily be that of an employer. This connection between the employer and the undertaking is to be inferred from the fact that only an employer who controls an undertaking may adapt the working conditions existing in the undertaking to the terms of the collective agreement.

For the purposes of interpreting s. 45, the requirement of a relationship of control between the employer and the undertaking seems to me to lead inevitably to two conclusions. First, the undertaking which is alienated or operated by another must be that of the employer in respect of whom the certification is issued or with whom the collective agreement is concluded. Second, the alienation or agreement must occur between the previous and the new employer.

However, with respect to the question of the identification of the undertaking, Chief Judge Geoffroy concluded that the undertaking is that of the *C.S.R.O.* (at pp. 127-28):

[TRANSLATION] In the cases at issue here, the party that in reality gives out the work to be performed is the school board, and the cleaning of its schools is its undertaking. It hired subcontractors to be responsible for operating the undertaking for a limited period (a year). The latter, because they hire and manage employees, are employers in the eyes of the *Labour Code* and only they can be designated in an association's certification and bound by a collective agreement. [Emphasis added.]

Judge Beaudry was entirely of the same opinion (at pp. 130-31):

[TRANSLATION] First, as mentioned above, it is clear that the school board could confer the right to operate the janitorial service undertaking for which it was (legally) responsible, without itself assuming that undertaking. How could the school board grant the right to operate the undertaking without first being responsible

b) Le lien de droit doit exister entre l'employeur précédent et le nouvel employeur

Les concepts de l'aliénation et de la concession reposent sur la transmission volontaire d'un droit: il importe donc de déterminer entre qui le concours de volonté doit se produire.

Au cours de l'introduction à l'interprétation de l'art. 45, j'ai indiqué qu'il ressort des principes de la négociation collective que l'entreprise est nécessairement celle d'un employeur. Ce lien entre l'employeur et l'entreprise s'infère du fait que seul un employeur qui contrôle l'entreprise peut adapter les conditions de travail présentées par l'entreprise aux termes de la convention collective.

Aux fins de l'interprétation de l'art. 45, la nécessité d'un lien de contrôle entre l'employeur et l'entreprise mène inéluctablement, me semble-t-il, à deux conclusions. Premièrement, l'entreprise qui est aliénée ou concédée doit être celle de l'employeur auprès de qui l'accréditation est octroyée ou avec qui la convention collective est conclue. Deuxièmement, l'aliénation ou la concession doit s'opérer entre l'employeur précédent et le nouvel employeur.

Au sujet de l'identification de l'entreprise, pourtant, le juge en chef Geoffroy conclut à ce que l'entreprise est celle de la *C.S.R.O.* (aux pp. 127 et 128):

Dans les cas ici en litige, le véritable donneur d'ouvrage est la commission scolaire, et l'entretien ménager de ses écoles constitue son entreprise. Elle s'adresse à des sous-traitants pour en assumer la direction pendant une période limitée (un an). Ceux-ci, parce qu'ils embauchent et dirigent des salariés, sont aux yeux du *Code du travail* des employeurs, ceux-là seuls qu'une association peut viser par une accréditation et lier par une convention collective. [Je souligne.]

Le juge Beaudry abonde dans le même sens (aux pp. 130 et 131):

En premier lieu, tel que mentionné plus haut, il est certain que la commission scolaire pouvait octroyer une concession de l'entreprise d'entretien dont elle est (légalement) responsable, sans assumer elle-même cette entreprise. Comment la commission scolaire pourrait-elle concéder l'entreprise d'entretien ménager sans en

for it? It is thus the school board, in accordance with its legal obligation to provide janitorial services, which alone can decide to transfer the operation from one operator to another; and it is the school board's original obligation (in whole or in part) that one or other of the operators assumes. The school board authorizes the arrival of a "new employer" to an undertaking already subject to a certification.

With respect, such a conclusion can only result from a misunderstanding of the purposes of s. 45. Whatever the merits in terms of purely economic analysis of the argument that the janitorial services undertaking is that of the *C.S.R.O.* because it is "the party that in reality gives out the work", this argument finds no place in the context of collective bargaining. Collective bargaining, and indeed labour law, is concerned with labour relations, that is, with the relations between the employer and the employees. The *C.S.R.O.* is not, and has never been, an employer as defined by s. 1 of the *Labour Code*:

1. ...

(k) "employer"—anyone, including Her Majesty, who has work done by an employee;

Though the *C.S.R.O.* gives out the work, it gives it to subcontractors, who "have work done by employees".

Neither can I subscribe to the argument that the legal obligation to provide janitorial services imposed on the *C.S.R.O.* is a sufficient basis for affirming that the latter operates a janitorial service undertaking. The *Education Act*, R.S.Q., c. I-14, contains no requirement that the board assume janitorial services in its buildings itself. The mere right to engage in an activity is not a basis for concluding that an undertaking exists, while that right has neither taken concrete form through the allocation of personnel nor been formally recognized in the certificate of certification. The law on this point is well stated in *Syndicat des employés de la Commission régionale de Tilly (CSN) v. Langlois*, [1976] T.T. 165, at pp. 167-68: [TRANSLATION] Under sections 206 and 475 of the Education Act, as amended, a school board may:

- (a) provide for the transportation of pupils; or
- (b) grant any contract for such transportation; or

être elle-même d'abord chargée? C'est donc la commission scolaire, en vertu de son obligation légale d'entretien, qui peut seule décider d'en transmettre l'opération d'un concessionnaire à un autre; et c'est l'obligation originale de la commission scolaire (en totalité ou en partie) que l'un ou l'autre des concessionnaires assume. La commission scolaire permet l'arrivée d'un «nouvel employeur» d'une entreprise assujettie à une accréditation.

Soit dit avec égards, une telle conclusion ne peut procéder que d'une méconnaissance des objets de l'art. 45. Quel que soit le mérite en termes d'analyse purement économique de l'argument selon lequel l'entreprise d'entretien ménager est celle de la *C.S.R.O.* parce qu'elle est «de véritable donneur d'ouvrage», dans le contexte de la négociation collective, cette prétention se révèle hors de propos. La négociation collective, voire le droit du travail, a trait aux relations ouvrières, c'est-à-dire aux relations entre l'employeur et ses employés. La *C.S.R.O.* n'est pas, et n'a jamais été, un employeur tel que le définit l'art. 1 du *Code du travail*:

1. ...

(k) «employeur»—quiconque, y compris Sa Majesté, fait exécuter un travail par un salarié;

Si la *C.S.R.O.* donne de l'ouvrage, elle le donne aux sous-traitants qui, eux, «font exécuter le travail par des salariés».

Je ne puis souscrire non plus à l'argument voulant que l'obligation légale d'entretien qui incombe à la *C.S.R.O.* suffise pour affirmer que celle-ci exploite une entreprise d'entretien ménager. La *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., chap. I-14, n'oblige aucunement la commission à assumer elle-même l'entretien de ses édifices. La simple faculté d'amorcer une activité, tant qu'elle ne se concrétise pas par l'affectation de salariés ou qu'elle n'est pas du moins consacrée au certificat d'accréditation, ne permet pas de conclure à la présence d'une entreprise. L'énoncé du droit sur ce sujet est bien exposé dans *Syndicat des employés de la Commission régionale de Tilly (CSN) c. Langlois*, [1976] T.T. 165, aux pp. 167 et 168:

Selon les articles 206 et 475 tels qu'amendés de la Loi de l'Instruction publique, une commission scolaire peut:

- a) pourvoir elle-même au transport des élèves; ou
- b) octroyer tout contrat pour un tel transport; ou

(c) make a lump sum contract with the holder of a permit for public transportation accessible to the public for the transportation of pupils; or

(d) purchase from such permit holder the necessary tickets; or, finally,

(e) pay directly to the parents of persons transported an amount equal to the tariff authorized for the transportation of pupils.

In view of this summary of the powers regarding the transportation of pupils conferred on a school board by law, can it be said that the mere fact of having such powers is a basis for concluding that "school transportation is an area of activity covered by the collective agreement"?

The Court does not think so. It is not the powers that one may have, but the exercise of those powers, that determines what constitutes an "area of activity" that may be covered by the provisions of a collective agreement.

(See also *Syndicat national des concierges des commissions scolaires des comtés de Richelieu, Verchères et Yamaska (CSN) v. For-Net Inc.*, *supra*; *Cégep de Shawinigan v. Syndicat du personnel de soutien du Collège d'enseignement de Shawinigan Enr.*, [1976] T.T. 209; *J. A. Hubert Ltée v. Syndicat des employés de soutien du Collège Ahuntsic*, [1977] T.T. 110.)

Moreover, the position adopted by the appellant union confirms that the *C.S.R.O.* never had a janitorial service undertaking within the meaning of the Code, since the union sought certification directly with the subcontractors.

The only janitorial service undertaking that can be in question here is that of the subcontractors, that is, of the "employers", and the conclusion of the majority of the Court to the contrary, in view of the wording of s. 45, has rightly occasioned surprise (R. P. Gagnon, "L'article 45 du Code du travail après le jugement *C.S.R. Outaouais*", *loc. cit.*, at p. 156). As there was no link between the schoolboard and the janitorial service undertaking, it follows that the *C.S.R.O.* could neither alienate nor confer a right to operate it, nor, as Judge Morin maintained, be the source of a legal relation between the subcontractors in question.

Because of their conclusion that the janitorial service undertaking was that of the *C.S.R.O.* and

c) conclure de gré à gré avec un détenteur de permis de transport en commun accessible au public un contrat à forfait pour le transport des élèves; ou

d) acheter de ce détenteur de permis les billets nécessaires ou, enfin;

e) payer directement aux parents des personnes transportées une somme égale au tarif autorisé pour le transport des élèves.

À la lumière de ce résumé des pouvoirs que la loi confère à une commission scolaire en matière de transport d'élèves, peut-on alors dire que le seul fait de posséder cette compétence suffit pour conclure que le «transport scolaire constitue une aire d'activités, couverte par la convention collective».

Le tribunal ne le croit pas. Ce n'est pas la compétence que l'on peut avoir mais plutôt l'exercice de cette compétence qui détermine ce qui peut constituer une «aire d'activités» quelconque qui pourrait être couverte par les dispositions d'une convention collective.

(Voir aussi *Syndicat national des concierges des commissions scolaires des comtés de Richelieu, Verchères et Yamaska (CSN) c. For-Net Inc.*, précité; *Cégep de Shawinigan c. Syndicat du personnel de soutien du Collège d'enseignement de Shawinigan Enr.*, [1976] T.T. 209; *J. A. Hubert Ltée c. Syndicat des employés de soutien du Collège Ahuntsic*, [1977] T.T. 110.)

L'attitude du syndicat appellant confirme d'ailleurs le fait que la *C.S.R.O.* n'a jamais eu d'entreprise d'entretien ménager au sens du Code puisqu'il s'est fait directement accréditer auprès des sous-traitants.

La seule entreprise d'entretien ménager dont il puisse être question est celle des sous-traitants, c.-à-d. celle des «employeurs», et l'on s'est étonné à juste titre de la conclusion contraire de la majorité du Tribunal en raison du texte de l'art. 45 (R. P. Gagnon, «L'article 45 du Code du travail après le jugement *C.S.R. Outaouais*», *loc. cit.*, à la p. 156). L'entreprise d'entretien ménager lui étant étrangère, il s'ensuit que la *C.S.R.O.* ne pouvait ni l'aliéner ni la concéder, ni, comme l'a soutenu le juge Morin, être à l'origine du lien de droit entre les sous-traitants en cause.

À cause de leur conclusion selon laquelle l'entreprise d'entretien ménager est celle de la *C.S.R.O.*

that s. 45 did not expressly require a legal relation between successive employers, the judges in the majority on the Labour Court, with the exception of Judge Morin, avoided any question of identification of the parties between whom the alienation or agreement to operate mentioned in s. 45 must occur.

The answer to this question is clear, even inescapable: the alienation or operation by another must occur between the preceding and the new employer. If the undertaking in question in s. 45 is that of the employer and if the alienation and operation by another are by their very nature defined in terms of the relation between the holder of a right and the person acquiring the use of that right, the conclusion is unavoidable: the legal relation created by the alienation or operation by another of an undertaking exists between successive employers.

This conclusion is, in any case, the only one that is consistent with the wording of s. 45 and the context of collective bargaining.

For the purposes of collective bargaining, the employer who negotiates and is bound by the terms of the collective agreement must at the same time be the one who controls the undertaking; otherwise, the employer would be unable to perform the obligations imposed by the agreement.

This requirement does not disappear because an alienation or operation by another of the undertaking has occurred. Section 45 says implicitly but necessarily that an undertaking is alienated, or the right to operate the undertaking is conferred, by the preceding employer to the new employer.

4. *The Same Undertaking in Hands of a New Employer*

I think it is opportune to summarize here the essential points of the interpretation of s. 45, as developed above.

The undertaking at issue in s. 45 [TRANSLATION] "consists of a self-sustaining organization of resources through which specific activities can be wholly or partly carried on" (*Mode Amazone, supra*, at p. 231). The nature of collective bargaining requires that this undertaking be that of an employer. The employer is the one designated in

et que l'art. 45 n'exige pas explicitement un lien de droit entre employeurs successifs, les juges de la majorité du Tribunal du travail à l'exception du juge Morin ont évité toute question d'identification des parties entre qui l'aliénation ou la concession mentionnée à l'art. 45 doit s'opérer.

La réponse à cette question est évidente, même inévitable: l'aliénation ou la concession s'opère entre l'employeur précédent et le nouvel employeur. Si l'entreprise dont il est question à l'art. 45 est celle de l'employeur et si l'aliénation et la concession se définissent, de par leur nature, en fonction du lien qui unit le détenteur d'un droit à celui qui en acquiert l'usage, la conclusion est inéluctable: le lien de droit créé par l'aliénation ou la concession de l'entreprise existe entre employeurs successifs.

Cette conclusion est, d'ailleurs, la seule compatible avec le libellé de l'art. 45 et avec le contexte de la négociation collective.

Il est nécessaire, aux fins de la négociation collective, que l'employeur qui négocie et qui est lié par les termes de la convention collective soit, en même temps, celui qui contrôle l'entreprise; autrement, l'employeur serait incapable de s'acquiescer des obligations imposées par la convention.

Cette exigence ne disparaît pas parce qu'une aliénation ou une concession de l'entreprise a eu lieu. L'article 45 dit implicitement mais nécessairement que l'entreprise est aliénée ou concédée par l'employeur précédent au nouvel employeur.

4. *Une même entreprise auprès d'un nouvel employeur*

Il me semble opportun de reprendre ici de façon sommaire l'essentiel de l'interprétation de l'art. 45, dégagé plus haut.

L'entreprise dont il est question dans l'art. 45 «consiste en un ensemble organisé suffisant des moyens qui permettent substantiellement la poursuite en tout ou en partie d'activités précises» (*Mode Amazone, précité*, à la p. 231). La nature de la négociation collective exige que cette entreprise soit celle d'un employeur. L'employeur, pour

the certification, the collective agreement, or by any proceeding "for the securing of certification or for the making or carrying out of a collective agreement" (s. 45). Alienation or operation by another of this undertaking establishes, by means of a voluntary transfer of a right, a legal relation between successive employers.

For a transfer of rights and obligations contemplated by s. 45 to operate, the fundamental components of an undertaking must be found to exist in whole or in part in the operations of a new employer following "The alienation or operation by another . . . in part of" that undertaking.

In the case at bar, only an alienation or agreement to operate made by *Netco* or *MBD* in favour of *Services Ménagers Roy* of that part of their undertaking concerned with janitorial services in the *C.S.R.O.* schools would have caused a transfer of rights and obligations to be effected under s. 45 between *Netco* and *MBD* on the one hand and *Services Ménagers Roy* on the other.

The facts alleged by the parties to this case indicate, however, that there was never an alienation or agreement to operate between *Netco* and *Services Ménagers Roy* or between *MBD* and *Services Ménagers Roy*. Moreover, no part of the *Netco* and *MBD* undertakings was included in the operations of *Services Ménagers Roy*. The only conclusion possible is that s. 45 did not bring about a transfer of rights and obligations from *Netco* and *MBD* to *Services Ménagers Roy*.

In reality, the three subcontractors *Netco*, *MBD* and *Services Ménagers Roy* are competitors in the janitorial services industry. *C.S.R.O.* is a client which dealt first with *Netco* and *MBD* and then with *Services Ménagers Roy*. The interpretation of s. 45 adopted by the Labour Court majority, pursuant to which it found a transfer of rights and obligations to exist on the facts of the case at bar, disregards the basis of s. 45. This misunderstanding of the basis of s. 45 has the effect of counteracting the very purpose of the provision: the Labour Court majority's interpretation allows s. 45 to be applied to two separate undertakings

sa part, est celui qui est visé par l'accréditation, la convention collective, ou par toute procédure «en vue de l'obtention d'une accréditation ou de la conclusion ou de l'exécution d'une convention collective» (art. 45). L'aliénation ou la concession de cette entreprise établit, au moyen d'une transmission volontaire d'un droit, un lien de droit entre employeurs successifs.

Pour qu'une transmission de droits et obligations visée à l'art. 45 se fasse, il faut retrouver, suite à «l'aliénation ou la concession . . . partielle d'une entreprise» les assises de cette même entreprise, en tout ou en partie, auprès d'un nouvel employeur.

En l'espèce, seule une aliénation ou concession faite par *Netco* ou *MBD* à *Services Ménagers Roy* de cette partie de leur entreprise affectée à l'entretien ménager des écoles de la *C.S.R.O.* aurait déclenché une transmission de droits et d'obligations en vertu de l'art. 45 entre *Netco* et *MBD* d'une part et *Services Ménagers Roy* d'autre part.

Pourtant, les faits allégués par les parties à ce litige attestent qu'il n'y a jamais eu d'aliénation ou de concession entre *Netco* et *Services Ménagers Roy*, ni entre *MBD* et *Services Ménagers Roy*. De plus, aucun élément des entreprises de *Netco* et de *MBD* ne se retrouve chez *Services Ménagers Roy*. On ne peut que conclure que l'art. 45 n'a pas opéré une transmission des droits et obligations de *Netco* et *MBD* à *Services Ménagers Roy*.

En réalité, les trois sous-traitants, *Netco*, *MBD* et *Services Ménagers Roy*, sont des concurrents dans l'industrie d'entretien ménager. La *C.S.R.O.* est une cliente qui a traité d'abord avec *Netco* et *MBD* et ensuite avec *Services Ménagers Roy*. L'interprétation de l'art. 45 adoptée par la majorité du Tribunal du travail, et qui lui a permis, à partir de ces faits, de constater une transmission de droits et obligations, fait abstraction du fondement de l'art. 45. Cette méprise sur le fondement de l'art. 45 a pour effet de contrecarrer l'objet même de la disposition: l'interprétation retenue par la majorité du Tribunal du travail permet d'appliquer

simply because they operate in the same area of activity.

Section 45 is based on the following premise: a specific undertaking is transferred from one employer to another. The wording of this section does not support the conclusion that rights and obligations have been transferred from one employer to another solely because each of them hires employees engaged in similar activities.

Many examples illustrate that a definition of "undertaking" focusing only on the duties of employees leads to unexpected results. One of these, *Fondation-Habitation Champlain Inc. v. Tribunal du travail*, *supra*, is particularly relevant because of the similarity of the principles it applies to those of the case at bar: an employer who recovers part of the clientele of a competitor who has terminated some of his operations is not on that account subject to the transfer of rights and obligations as provided for in s. 45. Pavillon de Beauharnois Inc. was a home which accommodated the elderly in two establishments, the "Pavillon" and the "Foyer". Pavillon de Beauharnois Inc. was forced to discontinue its activities at the Foyer and relocate thirteen of the thirty-three residents to the Pavillon, while fifteen others preferred to move to Fondation-Habitation Champlain Inc. The Fondation purchased part of the Foyer's furniture and equipment but did not hire new employees. The union representing the employees of Pavillon de Beauharnois Inc. asked that the Fondation be declared bound by the certification and collective agreement in effect. The labour commissioner granted the application based on the similarity of the undertaking operated by the Fondation. The Superior Court allowed the motion in evocation from this judgment. After noting that the services offered by the Fondation were not in all respects identical to those provided by the Foyer, Michaud J. added that the transfer of clients was not equivalent to the operation by another of the undertaking (at pp. 9-10):

l'art. 45 à deux entreprises distinctes simplement parce qu'elles œuvrent dans un domaine d'activités identique.

^a L'article 45 est fondé sur la prémisse suivante: une entreprise déterminée est transmise d'un employeur à un autre. Le texte de cet article s'oppose à ce que l'on puisse prononcer la transmission de droits et obligations d'un employeur à un autre pour l'unique raison que chacun d'eux engage des employés effectuant des activités semblables.

^c De nombreux exemples démontrent qu'une définition de l'entreprise axée uniquement sur les fonctions des salariés mène à des résultats inattendus. ^d J'en reprends un, l'affaire *Fondation-Habitation Champlain Inc. c. Tribunal du travail*, précitée, particulièrement pertinente en raison de la similitude des principes qu'elle applique avec ceux de la cause qui nous occupe: un employeur qui récupère ^e une partie de la clientèle d'un compétiteur ayant cessé certaines de ses opérations n'est pas, de ce seul fait, sujet à la transmission des droits et obligations prévue à l'art. 45. Le Pavillon de Beauharnois Inc. est un centre d'accueil qui héberge des ^f personnes âgées dans deux établissements, le «Pavillon» et le «Foyer». Contraint de cesser ses activités au Foyer, le Pavillon de Beauharnois Inc. ^g relocalise 13 des 33 bénéficiaires au Pavillon alors que 15 autres préfèrent emménager à la Fondation-Habitation Champlain Inc. La Fondation se porte acquéreur d'une partie du mobilier et de ^h l'équipement du Foyer sans engager toutefois de nouveaux employés. Le syndicat représentant les employés du Pavillon de Beauharnois Inc. ⁱ demande que la Fondation soit déclarée liée par l'accréditation et la convention collective en vigueur. Le commissaire du travail accorde la requête en se fondant sur la similitude de l'entreprise opérée par la Fondation. La Cour supérieure ^j accueille la requête en évocation de ce jugement. Après avoir noté que les services offerts par la Fondation n'étaient pas en tout point identiques à ceux dispensés au Foyer, le juge Michaud ajoute que le déplacement de la clientèle n'équivaut pas à une concession d'entreprise (aux pp. 9 et 10):

[TRANSLATION] The Court adopts the observations of L.P. Landry J. in *Union des employés de service v. Bibeault et Tribunal du travail*, [1982] C.S. 977:

“The term “operation by another” therefore implies ideas of ownership and the assignment of a right that one owns. (Emphasis added.) For there to be an alienation or operation by another of an undertaking, the holder of the right of ownership in the undertaking must perform a legal act which has the effect of transferring some right in the undertaking to someone else. For the purposes of s. 45 of the Code, an alienation or operation by another of part of the undertaking is sufficient for the protection provided by the section to employees covered by a certification to have its full effect.”

The Court cannot find in the facts put in evidence so much as an operation by another of part of the undertaking. The fact that thirteen residents of a home (thirteen out of thirty-three) move to a private residence for the elderly cannot justify the decision of respondent commissioner, which is an unreasonable interpretation of s. 45 of the Labour Code.

In his comment on the decision of the Labour Court in the case at bar, Mr. Gagnon also pointed to the danger of assimilating the undertaking to the activities carried on by the employees:

[TRANSLATION] There may be cases, as all the other judges pointed out, where the exclusive use of this approach makes it impossible to distinguish between the presence of two similar undertakings, on the one hand, and the continuity of a single undertaking, on the other. It is in these cases that it is dangerous to remove the definition of the undertaking suggested by Associate Chief Judge Quimper in the *La Centrale de Chauffage Enr.* case from the factual context which surrounds it. The context, in that case, was an employer designated in a certificate of certification who decided, in the interests of his undertaking, to have a third party perform certain functions formerly performed by his own employees. Taken together, these factors did not in any way suggest the simple co-existence of two similar undertakings operating in parallel, without any link that would indicate a continuity of operations from one to the other.

(R. P. Gagnon, “L’article 45 du Code du travail après le jugement C.S.R. Outaouais”, *loc. cit.*, at p. 160.)

I can see no difference between the situation of a businessperson who withdraws when his contract ends and one who terminates his operations because of financial difficulty. No one would

Le Tribunal fait siens les propos du juge L.P. Landry dans *Union des employés de service c. Bibeault et Tribunal du travail*, [1982] C.S. 977:

«Le terme concéder implique donc des notions de propriété et de cession d’un droit dont on est propriétaire. (Soulignements ajoutés.) Pour qu’il y ait aliénation ou concession d’une entreprise, il est nécessaire que celui qui détient le droit de propriété dans l’entreprise pose un acte juridique qui a comme conséquence de transporter à une autre personne un droit quelconque dans l’entreprise. Pour les fins de l’article 45 du Code, une aliénation ou une concession partielle de l’entreprise est suffisante pour que la protection prévue par l’article en faveur des salariés couverts par une accréditation ait son plein effet.»

Le Tribunal ne peut voir dans les faits mis en preuve une concession même partielle de l’entreprise. Le fait que 13 bénéficiaires (13 sur 33) d’un Centre d’accueil déménagent dans une résidence privée pour personnes âgées ne peut justifier la décision du Commissaire intimé, laquelle constitue une interprétation déraisonnable de l’article 45 du Code du travail.

Dans son commentaire de la décision du Tribunal du travail en l’espèce, M^e Gagnon souligne aussi le danger d’assimiler l’entreprise aux activités menées par les salariés:

Il est des cas, comme le signalent tous les autres juges, où cette seule perspective ne saurait permettre de distinguer d’une part la présence de deux entreprises semblables et, d’autre part, la continuité d’une même entreprise. C’est alors qu’il devient périlleux de détacher la définition de l’entreprise que proposait le juge Quimper dans l’affaire de *La Centrale de Chauffage Enr.* du contexte factuel dans lequel il s’insérait. Ce contexte, en l’occurrence, c’était celui où l’employeur visé par une accréditation décidait de confier à un tiers l’exécution de certaines fonctions assumées jusque-là par ses propres salariés pour les besoins de son entreprise. L’ensemble de ces éléments ne pouvait porter à croire à la simple présence parallèle de deux entreprises semblables opérant parallèlement, sans lien de continuité de l’une à l’autre.

(R. P. Gagnon, «L’article 45 du Code du travail après le jugement C.S.R. Outaouais», *loc. cit.*, à la p. 160.)

Je ne puis voir aucune différence entre la situation d’un entrepreneur qui se retire suite à la terminaison de son contrat et celle où il met un terme à ses opérations en raison de difficultés

maintain that a businessperson acquires the undertaking of a rival who closes down, simply because he takes over his former competitor's customers; there is no reason for holding otherwise when a contract is lost by a business which nevertheless continues to operate elsewhere. In both cases the relationship between the undertaking and the customer has ended and a successor who takes over the market by concluding a new contract with the customer in question, and who has no dealings with his predecessor through which he could acquire the components of the undertaking, is not subject to the application of s. 45. The certification inexorably follows the fate of an undertaking whose viability depends on a contract, when no part of the undertaking survives in the operations of a new employer following termination of the contract:

[TRANSLATION] The fate and the existence of a certification, like the fate and existence of an agreement, are linked to those of the undertaking covered by the certification and agreement: the fate of the appellant's certification and agreement here was linked to that of the undertaking of the mis en cause at the owner's premises, and this is what appellant understood and intended when the certification was in effect. The undertaking only existed for a limited time: obviously everything associated with it was also ephemeral. When this undertaking ceased or disappeared, and there was nothing to act as a bridge between it and some other undertaking which might, through the actions of the mis en cause, come after it, the appellant's certification and agreement on the premises of the mis en cause became invalid. [Emphasis added.]

(*Syndicat des salariés de service d'entretien (C.S.D.) v. Montcalm Carpets Specialists Ltd.*, supra, at p. 278.)

The ultimate proof that *Netco* and *MBD* never alienated or conferred a right to operate their undertakings to *Services Ménagers Roy* is that it was open to them, when the contract between *Services Ménagers Roy* and *C.S.R.O.* ended, to submit a new bid so as to supplant their competitor and return their janitorial service undertaking to the *C.S.R.O.* premises. The following passage from the reasons of Judge Girouard in *Union des chauffeurs de camions, hommes d'entrepôts et autres ouvriers, local 106 v. Alain Lacasse Transport*

financières. Nul ne saurait prétendre qu'un entrepreneur acquiert l'entreprise d'un rival qui ferme boutique pour l'unique raison qu'il récupère la clientèle de son ex-compétiteur; il n'y a pas lieu de statuer autrement lorsqu'un contrat échappe à un entrepreneur qui continue malgré tout d'opérer ailleurs. Dans un cas comme dans l'autre, la relation entre l'entreprise et le client a pris fin et le successeur qui récupère le marché en concluant un nouveau contrat avec le client en question tout en n'entretenant aucune relation avec son prédécesseur en vertu de laquelle il acquerrait des éléments de l'entreprise, n'est pas assujéti à l'application de l'art. 45. L'accréditation suit inexorablement le sort de l'entreprise dont la viabilité dépend d'un contrat lorsqu'aucun élément de l'entreprise ne survit auprès d'un nouvel employeur suite à la terminaison du contrat:

Le sort et l'existence d'une accréditation, comme le sort et l'existence d'une convention, sont liés à ceux de l'entreprise visée par cette accréditation et cette convention: le sort de l'accréditation et de la convention de l'appelant était ici lié à celui de l'entreprise de la mise-en-cause chez le propriétaire, et c'est ainsi que l'appelant l'a pu et voulu dans le temps de son accréditation. L'entreprise n'existait que pour un temps limité: ce qui s'y rattachait s'en est trouvé, évidemment, aussi éphémère. Cette entreprise cessant ou disparaissant, et rien ne faisant office de pont entre celle-ci et une autre pouvant s'ensuivre par la volonté de la mise-en-cause, l'accréditation et la convention de l'appelant chez la mise-en-cause se sont trouvées sans objet. [Je souligne.]

(*Syndicat des salariés de service d'entretien (C.S.D.) c. Montcalm Carpets Specialists Ltd.*, précité, à la p. 278.)

La démonstration ultime que *Netco* et *MBD* n'ont jamais aliéné ou concédé leur entreprise à *Services Ménagers Roy* c'est qu'il leur est loisible, dès la fin du contrat liant *Services Ménagers Roy* à la *C.S.R.O.*, de soumettre une nouvelle offre afin de supplanter leur concurrent et de réintégrer leur entreprise d'entretien ménager dans les locaux de la *C.S.R.O.* Le passage suivant des motifs du juge Girouard dans l'affaire *Union des chauffeurs de camions, hommes d'entrepôts et autres ouvriers, local 106 c. Alain Lacasse Transport Inc.*, [1977]

Inc., [1977] T.T. 231, at pp. 233-34, perfectly describes the independent status of undertakings whose only common feature is that they are competing for the same customers:

[TRANSLATION] There is no continuity whatever from the undertaking of the mis en cause to that of respondent, except that of a customer who goes from one supplier to another. There will of course be a resemblance, in competing undertakings in the same area of activities and services, between the equipment and activities of the employees of one and the equipment and activities of the employees of the other, but it is mere fancy to conclude solely on the basis of these facts that there has been a real transfer or a true handing over of one undertaking to the other (in terms of the context and essential components that make up the first undertaking).

... these undertakings exist as separate legal and economic entities, they operate and continue to exist alongside each other, even compete, and their customers certainly do not bring them together, except that the customers may move from the mis en cause to the respondent, or vice versa, or indeed to other competing suppliers of the same desired services. Such a transfer of a service contract does not involve even in part a transfer of the undertaking from the mis en cause to the respondent.

However interesting any theory one may seek to associate with s. 36 of the Code may be, a judgment must refer to the actual content of that section, and it must rest on the actual wording: none of the facts mentioned in this section [is] in evidence in the case at bar and the section accordingly cannot be applied here. [Emphasis added.]

(See also the judgment of the Superior Court in *Fondation-Habitation Champlain Inc. v. Tribunal du travail*, *supra*, as well as *Sitri Inc. v. Cartage & Miscellaneous Employee's Union, Local 931 (F.T.Q.)*, [1977] T.T. 29; *Syndicat des travailleurs forestiers de la division Jacques Cartier (FTPF-CSN) v. H.C. Leduc Ltée*, *supra*; *Union des chauffeurs de camions, hommes d'entrepôts et autres ouvriers, local 106 v. Alain Lacasse Transport Inc.*, *supra*, and *Syndicat des salariés de service d'entretien (C.S.D.) v. Montcalm Carpets Specialists Ltd.*, *supra*.)

T.T. 231, aux pp. 233 et 234, décrit parfaitement le caractère autonome d'entreprises dont le seul trait commun est de se disputer la même clientèle:

^a Il n'y a ici aucune succession quelconque de l'entreprise de la mise en cause à celle de l'intimée, sauf celle d'un client qui passe d'un fournisseur à l'autre. Évidemment, entre entreprises concurrentes dans une même aire d'activités et de services, il y a une ressemblance ^b entre l'équipement et les activités des salariés de l'une et l'équipement et les activités des salariés de l'autre, mais c'est une pure vue de l'esprit que de conclure, sur la base de ces seules données à une transmission réelle ou une passation véritable (dans son contenu-même et des éléments essentiels qui caractérisent la première) d'une ^c entreprise à l'autre.

^d ... ces entreprises existent comme entités juridiques et économiques individualisées, elles œuvrent et elles survivent en parallèle, même en concurrence et, ce n'est certes pas leur clientèle qui les fait se rejoindre, sauf que cette clientèle peut passer de la mise en cause à l'intimée, ou l'inverse, ou même à d'autres fournisseurs concurrents des mêmes services recherchés. Pareil transfert ^e d'un contrat de services n'entraîne pas un transfert de l'entreprise, même en partie, de la mise en cause à l'intimée.

^f Si intéressante soit toute théorie qu'on veuille rattacher à l'article 36 du Code, c'est au contenu même de cet article qu'un jugement doit se référer, et c'est sur ce texte même qu'il doit s'appuyer: aucun des faits mentionnés dans cet article (*sic*) en preuve dans cette affaire-ci et, en conséquence, cet article ne saurait recevoir ^g ici d'application. [Je souligne.]

(Voir aussi le jugement de la Cour supérieure dans ^h l'affaire *Fondation-Habitation Champlain Inc. c. Tribunal du travail*, précitée, de même que les décisions *Sitri Inc. c. Cartage & Miscellaneous Employee's Union, Local 931 (F.T.Q.)*, [1977] T.T. 29; *Syndicat des travailleurs forestiers de la division Jacques Cartier (FTPF-CSN) c. H.C. Leduc Ltée*, précitée; *Union des chauffeurs de camions, hommes d'entrepôts et autres ouvriers, local 106 c. Alain Lacasse Transport Inc.*, précitée, et *Syndicat des salariés de service d'entretien (C.S.D.) c. Montcalm Carpets Specialists Ltd.*, ⁱ précitée.) ^j

I feel I should add a few observations about the fears expressed by the majority of the Labour Court, who were concerned that an interpretation which differed from that adopted by the Court would undermine the collective rights of the employees of subcontracting undertakings. I have already noted the ephemeral nature of the certification associated with an undertaking, or part thereof, whose existence is limited by a contract. The certification becomes inapplicable once the contract expires and no essential part of the undertaking is passed on to a new employer. Workers' rights may however be safeguarded if the association seeks a regional certification, as the *F.T.Q. Union* tried to do in the case at bar. Judge Girouard explained (at p. 189):

[TRANSLATION] ... a union which has been certified on an employer's premises, and only for the part of his undertaking which is in a given locality, and which is aware of the precariousness of this limitation, directly dependent as it is on the duration of an annual contract, while it has made the task of organizing and obtaining a majority of supporters easier, has however made the existence of its certification and the practical usefulness of its agreement as uncertain as the part of the undertaking to which they are connected. In the same way the union, which is in the process of being certified for an employer, S.M.R., and for the Érablière comprehensive school (see above, at p. 178), will, if it succeeds, be in the same precarious position.

In contrast with this situation, the same union has already been certified with an employer, S.L.G., but with no such geographical limitation (see above, at p. 180), with the result that the employees covered by the certification and agreement with S.L.G. are not directly at the mercy of the comings and goings of their employer's customers: if a contract is lost or terminated at one place, another contract will be obtained elsewhere, or several other ongoing contracts will continue, and transfers can thus be made to save jobs.

The certification and collective agreement will then continue as long as the employer continues to operate its undertaking in the given region, instead of expiring with the contract on which it depends.

Il est opportun d'ajouter quelques commentaires au sujet des craintes exprimées par la majorité du Tribunal du travail qui redoute qu'une interprétation différente de celle qu'elle adopte ne rende illusoire les droits collectifs des salariés d'entreprises de sous-traitance. J'ai déjà souligné le caractère éphémère de l'accréditation qui se rattache à une entreprise ou à une partie de l'entreprise dont l'existence est limitée à un contrat. L'accréditation devient sans objet effectif dès que le contrat expire et qu'aucun élément essentiel de l'entreprise n'est transmis à un nouvel employeur. Les droits des travailleurs peuvent cependant être sauvegardés si l'association recherche une accréditation à portée régionale comme d'ailleurs l'*Union F.T.Q.* a tenté de le faire en l'espèce. Le juge Girouard explique (à la p. 189):

... le syndicat qui s'est fait accréditer chez un employeur, et seulement quant à cette partie de son entreprise qui se trouve dans un local donné, et qui sait l'existence précaire de cette délimitation (*sic*) conditionnée directement par la durée d'un contrat annuel, s'il s'est rendu facile la tâche d'organisation et d'obtention d'une majorité d'adhérents, rend toutefois l'existence de son accréditation et l'utilisation pratique de sa convention aussi aléatoires que cette partie d'entreprise à laquelle il les rattache. De la même façon, l'union, qui est en voie de se faire accréditer chez un employeur, S.M.R., et pour l'école polyvalente Érablière (voir ci-haut, p. 178) se trouvera, si elle réussit ainsi, dans la même précarité.

Au contraire de cette situation, la même union s'est déjà fait accréditer avec un employeur, S.L.G., mais sans telle limitation géographique (voir ci-haut, p. 180); avec le résultat que les salariés visés par cette accréditation et cette convention chez S.L.G. ne se trouvent pas directement à la merci des arrivées et des départs de la clientèle de leur employeur: s'il y a une perte ou fin d'un contrat à un endroit, il y a obtention d'un autre contrat ailleurs, ou encore il y a maintien de plusieurs autres contrats en cours, et ainsi des déplacements peuvent s'exercer pour sauvegarder les emplois.

L'accréditation et la convention collective subsistent alors aussi longtemps que l'employeur poursuit l'opération de son entreprise dans la région donnée, au lieu de s'éteindre en même temps que le contrat dont elle dépend.

VII—Whether Interpretation Patently Unreasonable

The Superior Court has found the interpretation given to s. 45 by the Labour Court majority to be patently unreasonable on at least three occasions. The judgments in question were those of Mailhot J., as she then was, in *Compagnie du Trust National Ltée v. Burns*, [1985] C.S. 1286 (on appeal), of Greenberg J. in *Brasserie Labatt Ltée v. Commissaire général du travail*, *supra*, and of Michaud J. in *Fondation-Habitation Champlain Inc. v. Tribunal du travail*, *supra*.

I do not have to decide the point: but if I had to do so, I would incline to the view taken by the Superior Court in these three judgments, bearing in mind *inter alia* the number, seriousness and cumulative effect of the Labour Court's errors regarding the concept of an undertaking, the identity of the undertaking and the requirement of a legal relation.

VIII—Conclusions

I would dismiss the appeal with costs, including costs in favour of the mis en cause Commission scolaire régionale de l'Outaouais and Services Ménagers Roy Limitée.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Lavoie, Groleau, Marchand, Levasseur, Lagueux & Doré, Montréal.

Solicitors for the respondent: Trudel, Nadeau & Associés, Montréal.

Solicitors for the mis en cause Services Ménagers Roy Ltée: Martineau Walker, Montréal.

Solicitors for the mis en cause the Commission scolaire régionale de l'Outaouais: Lavery, O'Brien, Montréal.

VII—Une interprétation manifestement déraisonnable?

La Cour supérieure a par au moins trois fois trouvé manifestement déraisonnable l'interprétation donnée à l'art. 45 par la majorité du Tribunal du travail. Il s'agit du jugement du juge Mailhot, maintenant juge à la Cour d'appel, dans l'affaire *Compagnie du Trust National Ltée c. Burns*, [1985] C.S. 1286, (portée en appel), du jugement du juge Greenberg dans l'affaire *Brasserie Labatt Ltée c. Commissaire général du travail*, précitée, et du jugement du juge Michaud dans l'affaire *Fondation-Habitation Champlain Inc. c. Tribunal du travail*, précitée.

Je n'ai pas à décider de la question. Mais si j'avais à le faire, je serais enclin à partager sur ce point l'opinion exprimée par la Cour supérieure dans ces trois jugements, compte tenu entre autres du nombre, de la gravité et de l'effet cumulatif des erreurs du Tribunal du travail sur la notion d'entreprise, sur l'identité de l'entreprise et sur la nécessité d'un lien de droit.

VIII—Conclusions

Je rejetterais le pourvoi avec dépens, y compris les dépens en faveur des mises en cause Commission scolaire régionale de l'Outaouais et Services Ménagers Roy Limitée.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appellant: Lavoie, Groleau, Marchand, Levasseur, Lagueux & Doré, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Trudel, Nadeau & Associés, Montréal.

Procureurs de la mise en cause Services Ménagers Roy Ltée: Martineau Walker, Montréal.

Procureurs de la mise en cause la Commission scolaire régionale de l'Outaouais: Lavery, O'Brien, Montréal.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

1. Regulations – Discrimination – Subdelegation – Knowledge of French necessary to obtain a permit from a professional corporation – Regulations creating presumption of appropriate knowledge of French for candidates who have taken three years of instruction in French at secondary level or later – Persons unable to benefit from the presumption must pass a French test prepared by a committee – Whether Regulations discriminatory and contrary to s. 10 of the Charter of human rights and freedoms – Whether Regulations discriminatory from an administrative standpoint – Whether Regulations contain unauthorized subdelegation of powers – Charter of the French language, R.S.Q. 1977, c. C-11, ss. 35, 114(d) – Regulation respecting the knowledge of the official language necessary to obtain a permit from a professional corporation, (1977) 109 G.O. II 4627, ss. 2(a), 3.

FORGET V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 90.

2. Prerequisite – Difficulty in applying concept of prerequisite – New approach to questions of jurisdiction.

U.E.S., LOCAL 298 V. BIBEAULT, 1048.

APPEAL

Moot issue – Respondent unable to obtain remedy sought whatever outcome of appeal – Whether issue moot – Whether issue raised sufficiently important for Court to rule on its merits.

FORGET V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 90.

BARRISTERS AND SOLICITORS

Compensation fund – Client claiming compensation after being defrauded by lawyer – Whether Law Society has discretion to deny *in toto* a claim when claimant has met the statutory prerequisites – Mandamus.

PETRASHUYK V. LAW SOCIETY OF ALBERTA, 385.

CIVIL RIGHTS

1. Employment – Discrimination – Civil status – Members of the immediate families of full-time employees and town councillors prohibited from taking employment with the town – Whether hiring practice based on civil status and discriminatory under s. 10 of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms – If so, whether town's hiring practice justified by s. 20 of the Charter – Construction of s. 20 – Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q. 1977, c. C-12, ss. 10, 16, 20.

BROSSARD (TOWN) V. QUEBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE), 279.

CIVIL RIGHTS—Concluded

2. Provincial human rights legislation – Freedom of expression – Provincial legislation requiring that public signs, commercial advertising and firm name should be in French only – Whether freedom of expression guaranteed by s. 3 of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms includes the freedom to express oneself in the language of one's choice – Whether the guarantee of freedom of expression extends to commercial expression – Whether provincial legislation infringes the guarantee of freedom of expression – Whether limit imposed by the provincial legislation on freedom of expression justifiable under s. 9.1 of the Quebec Charter – Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 58, 69.

FORD V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 712.

3. Discrimination based on language – Provincial legislation requiring that public signs, commercial advertising and firm name should be in French only – Whether provincial legislation infringes the guarantee against discrimination based on language in s. 10 of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms – Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 58, 69.

FORD V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 712.

4. Provincial human rights legislation – Freedom of expression – Provincial legislation regulating language of business and commerce – Legislation providing for the exclusive or joint use of French in certain commercial activities – Whether freedom of expression guaranteed by s. 3 of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms includes the freedom to express oneself in the language of one's choice – Whether the guarantee of freedom of expression extends to commercial expression – Whether provincial legislation infringes the guarantee of freedom of expression – Whether limit imposed by the provincial legislation on freedom of expression justifiable under s. 9.1 of the Quebec Charter – Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 52, 57, 58, 59, 60, 61 – Regulation respecting the language of commerce and business, R.R.Q., c. C-11, r. 9.

DEVINE V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 790.

5. Discrimination based on language – Provincial legislation regulating language of business and commerce – Legislation providing for the exclusive or joint use of French in certain commercial activities – Whether provincial legislation infringes the guarantee against discrimination based on language in s. 10 of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms – Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 52, 57, 58, 59, 60, 61 – Regulation respecting the language of commerce and business, R.R.Q., c. C-11, r. 9.

DEVINE V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 790.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights – Presumption of innocence – Care or control of a motor vehicle while impaired – Whether presumption of care or control based upon occupancy of the driver's seat in s. 237(1)(a) of the Criminal Code violates s. 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms – If so, whether such violation justifiable under s. 1 of the Charter.

R. v. WHYTE, 3.

2. Charter of Rights – Freedom of the press – Mandatory ban on publication of identity of a complainant in sexual case when request made by complainant – Whether s. 442(3) of the Criminal Code violates s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms – If so, whether such violation justifiable under s. 1 of the Charter.

CANADIAN NEWSPAPERS CO. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 122.

3. Charter of Rights – Right to a public hearing – Mandatory ban on publication of identity of a complainant in sexual case when request made by complainant – Whether s. 442(3) of the Criminal Code violates s. 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms – If so, whether such violation justifiable under s. 1 of the Charter.

CANADIAN NEWSPAPERS CO. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 122.

4. Charter of Rights – Law courts being picketed in course of legal strike – Superior court enjoining picketing – Whether or not injunction denying picketers' s. 7 right to liberty – Whether or not picketers' rights to be informed of specific offence and to be presumed innocent under s. 11(a) and (d) infringed – Whether or not picketers' right to freedom of expression under s. 2 infringed – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 7, 11(a), (d).

B.C.G.E.U. v. BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL), 214.

5. Division of powers – Criminal law and labour law – Law courts being picketed in course of legal strike – Superior court enjoining picketing – Whether or not legality of picketing placed beyond criminal law because strike lawful and picketing permitted by Labour Code – Constitution Act, 1867, s. 91(27).

B.C.G.E.U. v. BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL), 214.

6. Charter of Rights – Right to liberty – Fingerprinting after person charged but prior to conviction – Whether or not right to liberty infringed – Whether or not principles of fundamental justice infringed – If section 7 infringed, whether or not infringement justified under s. 1 – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 9, 10, 11(c), (d) – Constitution Act, 1982, s. 52(1) – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 453.3(3), 455.5(5) – Identification of Criminals Act, R.S.C. 1970, c. I-1, s. 2.

R. v. BEARE; R. v. HIGGINS, 387.

7. Charter of Rights – Unreasonable search or seizure – Doctor taking blood sample from emergency patient without his

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

consent or knowledge – Blood sample taken for medical purposes but given to police officer – Analysis of blood sample used to secure conviction of impaired driving – No legal requirement at the time for person to give police blood sample – Whether or not the taking of blood sample by police amounted to seizure under s. 8 of the Charter – Whether or not such taking was unreasonable – Whether or not evidence of blood analysis should be under s. 24(2) of the Charter – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2) – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 236, 237(2).

R. v. DYMENT, 417.

8. Charter of Rights – Presumption of innocence – Gun control – Reverse onus with respect to proof of registration certificate for restricted weapon – Whether reverse onus infringing presumption of innocence – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 89(1)(a), (b), 106.7(1), (2).

R. v. SCHWARTZ, 443.

9. Charter of Rights – Right to counsel – Customs searches – Narcotics found on accused following strip search conducted by customs officers – Whether accused detained and having right to counsel under s. 10(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms – If so, whether right to counsel was subject to a reasonable limit prescribed by law justifiable under s. 1 of the Charter – Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, ss. 143, 144.

R. v. SIMMONS, 495.

10. Charter of Rights – Unreasonable search and seizure – Customs searches – Whether the personal search provisions in the Customs Act inconsistent with s. 8 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms – If so, whether right against unreasonable search and seizure was subject to a reasonable limit prescribed by law justifiable under s. 1 of the Charter – Whether search conducted in a reasonable manner – Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, ss. 143, 144.

R. v. SIMMONS, 495.

11. Charter of Rights – Admissibility of evidence – Bringing administration of justice into disrepute – Narcotics found on accused following strip search conducted by customs officers – Accused's right to counsel infringed – Whether admission of evidence of narcotics would bring the administration of justice into disrepute – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. v. SIMMONS, 495.

12. Charter of Rights – Right to counsel – Customs searches – Accused stopped and searched at customs following R.C.M.P.'s information that he was attempting to import narcotics – Narcotics found on accused following frisk search conducted by customs officers – Whether accused detained and having right to counsel under s. 10(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms – Whether search unreasonable under s. 8 of the Charter – Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, ss. 143, 144.

R. v. JACOY, 548.

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

13. Charter of Rights – Admissibility of evidence – Bringing administration of justice into disrepute – Narcotics found on accused following frisk search conducted by customs officers – Accused's right to counsel infringed – Whether admission of evidence of narcotics would bring the administration of justice into disrepute – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. v. JACOY, 548.

14. Charter of Rights – Interpretation – Retrospectivity – Accused convicted and sentenced before the proclamation of the Charter under the wrong provisions of the Criminal Code – Accused sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for 25 years – Period of parole ineligibility between 10 to 20 years, rather than 25, if proper law applied – Application for Charter relief after 10 years of imprisonment – Accused alleging that current operation of the parole ineligibility provision in the sentence violates s. 7 of the Charter – Whether accused's claim involves a retrospective application of the Charter – Criminal Law Amendment Act (No. 2), 1976, S.C. 1974-75-76, c. 105, ss. 4, 5, 21, 27.

R. v. GAMBLE, 595.

15. Charter of Rights – Liberty of the person – Fundamental justice – Accused convicted and sentenced under the wrong provisions of the Criminal Code – Accused sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for 25 years – Period of parole ineligibility between 10 to 20 years, rather than 25, if proper law applied – Whether current operation of the parole ineligibility provision in the sentence violates s. 7 of the Charter.

R. v. GAMBLE, 595.

16. Charter of Rights – Remedy – Declaratory relief – Accused seeking relief under s. 24(1) of the Charter from the current operation of the parole ineligibility provision in her sentence – Whether accused entitled to a declaration of eligibility for parole.

R. v. GAMBLE, 595.

17. Division of powers – Federal undertaking – Negligence – Child seriously injured by train – Action brought after limitation period provided for by federal act governing railways but within time allowed by provincial statute – Whether action statute barred – Whether federal limitation provision constitutionally valid or constitutionally applicable – Whether federal limitation provision conflicted with and rendered inoperative s. 18 of the provincial Limitation of Actions Act – Constitution Act, 1867, ss. 91(29), 92(10) – Railway Act, R.S.C. 1970, c. R.-2, s. 342(1) – Limitation of Actions Act, R.S.N.B. 1973, c. L-8, s. 18.

CLARK v. CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO., 680.

18. Charter of Rights – Application – Exception where express declaration – Provincial legislation requiring that public signs, commercial advertising and firm name should be in French only – Whether provincial legislation protected from the application of s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms by a valid and subsisting override provision –

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 33 – Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 58, 69, 214 – An Act to amend the Charter of the French Language, S.Q. 1983, c. 56, s. 52 – An Act respecting the Constitution Act, 1982, S.Q. 1982, c. 21, ss. 1, 7.

FORD v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 712.

19. Charter of Rights – Override provision – Provincial legislation adding standard override provision to all provincial statutes enacted before June 23, 1982 – Standard override provision given retrospective effect – Whether standard override provisions enacted by provincial legislation valid – Whether provincial legislation consistent with s. 33 of the Canadian Charter – Whether all the provisions in s. 2 and ss. 7 to 15 of the Canadian Charter could be validly overridden by a single enactment – Whether override provision may have a retrospective effect – An Act respecting the Constitution Act, 1982, S.Q. 1982, c. 21, ss. 1, 2, 7 – Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, s. 214 – An Act to amend the Charter of the French Language, S.Q. 1983, c. 56, s. 52.

FORD v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 712.

20. Charter of Rights – Freedom of expression – Provincial legislation requiring that public signs, commercial advertising and firm name should be in French only – Whether freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms includes the freedom to express oneself in the language of one's choice – Whether the guarantee of freedom of expression extends to commercial expression – Whether provincial legislation infringes the guarantee of freedom of expression – Whether limit imposed by the provincial legislation on freedom of expression justifiable under s. 1 of the Canadian Charter – Whether a denial or negation of a guaranteed right or freedom could be a limit within s. 1 – Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 58, 69.

FORD v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 712.

21. Distribution of legislative powers – Language – Provincial legislation regulating the use of French in commerce and business – Whether provincial legislation *ultra vires* the provincial legislature – Whether provincial legislation invades federal jurisdiction with respect to criminal law and interprovincial trade and commerce – Whether provincial legislation constitutes an obstacle to mobility – Constitution Act, 1867, ss. 91, 92 – Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 52, 57, 58, 59, 60, 61 – Regulation respecting the language of commerce and business, R.R.Q., c. C-11, r. 9.

DEVINE v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 790.

22. Charter of Rights – Application – Exception where express declaration – Provincial legislation regulating the use of French in commerce and business – Whether provincial legislation protected from the application of ss. 2(b) and 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms by a valid and subsisting override provision – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 33 – An Act to amend the Charter of the French

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

Language, S.Q. 1983, c. 56, s. 52 – Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 52, 57, 58, 59, 60, 61, 214 – Regulation respecting the language of commerce and business, R.R.Q., c. C-11, r. 9.

DEVINE V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 790.

23. Charter of Rights – Freedom of expression – Provincial legislation regulating language of business and commerce – Legislation providing for the exclusive or joint use of French in certain commercial activities – Whether freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms includes the freedom to express oneself in the language of one's choice – Whether the guarantee of freedom of expression extends to commercial expression – Whether provincial legislation infringes the guarantee of freedom of expression – Whether limit imposed by the provincial legislation on freedom of expression justifiable under s. 1 of the Canadian Charter – Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 57, 59, 60, 61 – Regulation respecting the language of commerce and business, R.R.Q., c. C-11, r. 9.

DEVINE V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 790.

24. Charter of Rights – Right to counsel – Right to counsel denied while police securing potentially dangerous situation – Real evidence seized before counsel called – Whether or not right to counsel infringed – Whether or not evidence should be excluded for bringing the administration of justice into disrepute – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(1), (2) – Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 10(2).

R. V. STRACHAN, 980.

25. Delegation – Federal government empowered to make regulations for management of fisheries – Licensing function delegated to provincial minister without setting species quotas – Right of provincial minister to set quotas implicit in federal legislation – Want of provincial jurisdiction to regulate commercial fisheries by general legislation not entailing want of jurisdiction to regulate provincially-owned fisheries as an aspect of administration of provincial public property.

PERALTA V. ONTARIO, 1045.

COURTS

1. Criminal contempt – Courthouse being picketed during legal strike – Member of striking union crossing picket line to work at courthouse – Union commencing internal disciplinary action – Whether or not picketing of courthouse during lawful strike constituting criminal contempt – Whether or not union had lawful right to proceed with internal disciplinary action.

NEWFOUNDLAND (ATTORNEY GENERAL) V. N.A.P.E., 204.

2. Jurisdiction – Criminal contempt – Law courts being picketed in course of legal strike – Superior court enjoining

COURTS—Concluded

picketing – Whether or not picketing constituting criminal contempt.

B.C.G.E.U. V. BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL), 214.

3. Jurisdiction – Supreme Court of Canada – Federal Court of Appeal – Motion for an extension of time to bring an application for leave to appeal from a judgment of the Federal Court of Appeal – Whether Supreme Court or Federal Court of Appeal has jurisdiction to extend the time period – Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, ss. 41, 42, 64 – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 31, 33.

GELL V. CANADIAN PACIFIC LTD. (MOTION), 271.

4. Jurisdiction – Appeal from summary conviction appeal court – Jurisdiction of Court of Appeal.

R. V. SCHWARTZ, 443.

CRIMINAL LAW

1. Care or control of a motor vehicle while impaired – Presumption of innocence – Whether s. 237(1)(a) of the Criminal Code contravenes the presumption of innocence in s. 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. V. WHYTE, 3.

2. Break, enter and theft – Recently stolen goods – Conviction based solely on doctrine of recent possession – Legal significance to be attributed to possession of recently stolen property – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 306(1)(b).

R. V. KOWLYK, 59.

3. Wiretaps – Admissibility of evidence – Sufficiency of authorization – Whether authorization must specifically identify motor vehicle as place of interception – Collateral attack on order authorizing wiretap – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 178.13(2)(c).

R. V. PAPALIA, 137.

4. Interception of private communications – Admissibility of evidence – Interceptions authorized by court – Police surreptitiously installed a listening device in co-accused's vehicle – Device wired to vehicle's battery which provided power for its transmitter – Whether police action in installing the listening device lawful – Whether device authorized by Part IV.1 of the Criminal Code – Whether authorization permitting the use of the device employed.

R. V. CHESSON, 148.

5. Interception of private communications – Admissibility of evidence – Interceptions of communications of a person not named in authorization – Whether Crown may rely on the basket clause in authorization to introduce interceptions in evidence – Whether unnamed person in authorization a known or unknown person for the purposes of Part IV.1 of the Criminal Code – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 178.12(1)(e).

R. V. CHESSON, 148.

CRIMINAL LAW—Continued

6. Interception of private communications – Admissibility of evidence – Interceptions of communications of a person not named in authorization made during conversations with persons whose communications were lawfully intercepted – Whether interceptions of unnamed person's communications admissible – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 178.16(1).

R. v. CHESSON, 148.

7. Sentence – Probation – Accused bound by probation order convicted of an offence – Revocation of probation order and imposition of consecutive sentence – Whether s. 664(4)(d) of the Criminal Code allows the court to impose a consecutive sentence when a probation order is revoked.

R. v. CLERMONT, 171.

8. Attempted murder – Mens rea – Requisite mens rea for attempted murder restricted to intent to kill – Lesser standard of intent applied by trial judge in charge delivered before principle enunciated – Court of Appeal finding jury had no alternative but to find requisite intent to kill – Whether Court of Appeal erred.

R. v. SCOTT, 174.

9. Preliminary inquiry – *Certiorari* – Accused brought to trial on lesser charges than the initial ones – Magistrate's error made within the scope of his jurisdiction – Writ of *certiorari* quashed.

QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. GIROUARD, 254.

10. Charge to jury – Reasonable doubt – Whether trial judge misdirected jury as to burden of proof – Whether standard of proof beyond reasonable doubt applied to individual pieces of evidence.

R. v. MORIN, 345.

11. Charge to jury – Reasonable doubt – Whether jury's deliberations involve a two-stage process: the "fact finding" stage and the "verdict" stage – Whether trial judge should instruct jurors to apply standard of proof beyond reasonable doubt at each stage.

R. v. MORIN, 345.

12. Charge to jury – Psychiatric evidence – Evidence tending to show accused's propensity to commit crime – Crown seeking to refer to the psychiatric evidence on the issue of identity – Whether trial judge should have directed the jury to consider the psychiatric evidence on the issue of the identity of the killer.

R. v. MORIN, 345.

13. Appeal from an acquittal – Trial judge misdirected jury as to burden of proof – Crown's duty to satisfy the court that the verdict would not necessarily have been the same if the jury had been properly instructed – New trial ordered by Court of Appeal – Whether Crown had discharged the onus.

R. v. MORIN, 345.

14. Fingerprinting after person charged but prior to conviction – Whether or not right to liberty infringed – Whether or

CRIMINAL LAW—Continued

not principles of fundamental justice infringed – If section 7 infringed, whether or not infringement justified under s. 1.

R. v. BEARE; R. v. HIGGINS, 387.

15. Gun control – Registration certificate for restricted weapon – Owner of weapon required to prove possession of certificate – Whether reverse onus infringing presumption of innocence guaranteed by Charter – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 89(1)(a), (b), 106.7(1), (2).

R. v. SCHWARTZ, 443.

16. Sexual assault – Defence of honest but mistaken belief as to consent to sexual intercourse – Failure of trial judge to direct jury to this defence – Appeal dismissed.

R. v. GILLESPIE, 653.

17. Mens rea – Specific and general intent – Drunkenness – Breaking, entering and committing indictable offence – Whether or not evidence of self-induced intoxication should be considered in determining whether mens rea proved beyond a reasonable doubt – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 306(1)(b).

R. v. QUIN, 825.

18. Mens rea – Specific and general intent – Drunkenness – Sexual assault causing bodily harm – Whether or not evidence of self-induced intoxication should be considered in determining whether mens rea proved beyond a reasonable doubt – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 246.2(c) – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d).

R. v. BERNARD, 833.

19. Defences – Entrapment – Meeting between undercover agent and accused set up by friend of accused – Whether or not accused entrapped.

R. v. SHOWMAN, 893.

20. Defences – Entrapment – Trafficking conviction – Accused once an addict but had given up narcotics – Police informer persistently requesting accused to sell drugs over lengthy period of time – Informer threatening accused and offering large monetary inducement – Whether or not stay of proceedings should issue on basis of entrapment – Manner in which entrapment claim should be dealt with by the Courts.

R. v. MACK, 903.

21. Search warrants – Quickly developing situation forcing telephone authorization to change names of officers named in warrant – Whether or not search warrant valid – Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 10(2).

R. v. STRACHAN, 980.

22. Appeal – Powers of the Court of Appeal – Defence of insanity raised at trial – Jury's verdict of guilty – Court of Appeal refusing to interfere with jury's verdict because there was evidence to support it – Whether Court of Appeal had a duty under s. 613(1)(d) of the Criminal Code to review the evidence and to arrive at its own conclusion on the issue of insanity

CRIMINAL LAW—Concluded

– Whether verdict unreasonable – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(a), (d).

R. v. MAILLOUX, 1029.

23. Directed verdict – Sufficiency of identification evidence – Whether trial judge erred in directing a verdict of acquittal.

R. v. JACOBS, 1047.

CROWN

Immunity – Provincial Crown agent purchasing shares of a corporation governed by federal statute – Agent refusing to submit insider report as required by federal statute – Whether agent bound by insider reporting provisions – Application of the benefit/burden exception to Crown immunity – Canada Business Corporations Act, S.C. 1974-75-76, c. 33, s. 122(2), (4) – Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 16.

SPARLING v. QUEBEC (CAISSE DE DÉPÔT ET PLACEMENT DU QUÉBEC), 1015.

CUSTOMS AND EXCISE

Customs searches – Narcotics found on accused following strip search conducted by customs officers – Whether the personal search provisions in the Customs Act inconsistent with s. 8 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms – Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, ss. 143, 144.

R. v. SIMMONS, 495.

EVIDENCE

1. Admissibility – Wiretap evidence – Sufficiency of authorization – Whether authorization must specifically identify motor vehicle as place of interception.

R. v. PAPALIA, 137.

2. Psychiatric evidence – Admissibility – Evidence tending to show accused's propensity to commit crime – Crown seeking to refer to the psychiatric evidence on the issue of identity – Whether psychiatric evidence admissible if tendered by the Crown – Whether evidence relevant on the issue of identity – Whether evidence admissible as evidence of similar facts.

R. v. MORIN, 345.

3. Admissibility – Bringing administration of justice into disrepute – Narcotics found on accused following strip search conducted by customs officers – Accused's right to counsel infringed – Whether admission of evidence of narcotics would bring the administration of justice into disrepute – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. v. SIMMONS, 495.

EVIDENCE—Concluded

4. Criminal offences – Drunkenness – Mens rea – Whether or not evidence of drunkenness should not be considered in proof of mens rea.

R. v. BERNARD, 833.

5. Evidence obtained in violation of the Charter – Whether or not evidence should be excluded for bringing administration of justice into disrepute.

R. v. STRACHAN, 980.

FAMILY LAW

Spousal immunity – Statutes barring action in effect when accident occurred – Statutes barring action repealed before action commenced – Whether or not repeal operating retrospectively.

ANGUS v. SUN ALLIANCE INSURANCE CO., 256.

INJUNCTIONS

Trespass – Members of Indian band blocking railway right-of-way across the reserve – Railway company seeking a permanent injunction to restrain Indian band from interfering with its right-of-way – Nature of the Company interest in the right-of-way – Whether a permanent injunction should be awarded – Act to incorporate the Woodstock Railway Company, S.N.B. 1864, 27 Vict., c. 57, s. 24.

CANADIAN PACIFIC LTD. v. PAUL, 654.

JUDICIAL REVIEW

1. Jurisdiction to review – Consensual labour arbitration – Arbitrator ordering employees rehired after dismissal for wrongful conduct during strike – Whether arbitrator erred in law – If so, whether error jurisdictional in nature and subject to judicial review – Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 107(2), 184(3)(a)(vi), as amended.

TWU v. BRITISH COLUMBIA TELEPHONE CO., 564.

2. Labour Court and labour commissioner – Jurisdiction – Error as to legislation interpretation of which not within jurisdiction of labour commissioner – Labour commissioner and Labour Court erred in finding an operation by another of the undertaking and recorded transfer of rights and obligations covered by s. 45 of Labour Code – Jurisdictional error – Writ of evocation granted – Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 45, 46.

U.E.S., LOCAL 298 v. BIBEALT, 1048.

LABOUR LAW

Certification – Transfer of rights and obligations – Janitorial services contract terminated by school board and

LABOUR LAW—Concluded

awarded to new subcontractor – Labour commissioner erred in finding an operation by another of the undertaking and recorded transfer of rights and obligations between subcontractors – Excess of jurisdiction – Conditions in which s. 45 of Labour Code applies: continuity of undertaking and requirement of legal relation between successive employers – Definition of undertaking – Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 45, 46.

U.E.S., LOCAL 298 V. BIBEAULT, 1048.

PRACTICE

1. Supreme Court of Canada – Motion for an extension of time to bring an application for leave to appeal from a judgment of Federal Court of Appeal – Supreme Court of Canada without jurisdiction to extend the time period – Motion dismissed – Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, ss. 41, 42, 64 – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 31, 33.

GELL V. CANADIAN PACIFIC LTD. (MOTION), 271.

2. Supreme Court of Canada – Introduction of fresh evidence – Procedure to follow.

R. V. MORIN, 345.

PREROGATIVE WRITS

1. *Habeas corpus* – Jurisdiction – Superior courts – Accused convicted and sentenced in Alberta but imprisoned in Ontario – Application for *habeas corpus* and for Charter relief under s. 24(1) of the Charter – Whether Supreme Court of Ontario has jurisdiction to issue *habeas corpus*.

R. V. GAMBLE, 595.

2. *Habeas corpus* – Availability – Parole – Whether *habeas corpus* appropriate to review the legality of the deprivation of liberty of the accused inherent in the operation of the parole ineligibility provision in her sentence.

R. V. GAMBLE, 595.

STATUTES

1. Interpretation – Retrospective operation – Statutes barring action in effect when accident occurred – Statutes barring action repealed before action commenced – Whether or not repeal operating retrospectively – Married Woman's Property Act, R.S.O. 1970, c. 262, s. 7 – Insurance Act, R.S.O. 1970, c. 224, s. 214(b)(i) – Family Law Reform Act, 1975, S.O. 1975, c. 41, ss. 1(3)(a), 5, 6.

ANGUS V. SUN ALLIANCE INSURANCE CO., 256.

2. Application – Provincial human rights legislation – Dates from which s. 3 of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms took precedence over the provisions of the other provincial statutes – Charter of Human Rights and Freedoms,

STATUTES—Concluded

R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 52 – An Act to amend the Charter of Human Rights and Freedoms, S.Q. 1982, c. 61, ss. 16, 34 – Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 58, 69 – An Act to amend the Charter of the French Language, S.Q. 1983, c. 56, s. 12.

FORD V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 712.

TAXATION

Corporation tax – Company amending previous tax returns to become eligible for investment tax credit – Whether Company eligible for tax credit – Whether Company entitled to amend its previous tax returns – Whether provincial authorities must accept amendments when federal authorities have done so pursuant to a federal administrative practice – Interpretation of s. 106 of The Corporations Tax Act, 1972, S.O. 1972, c. 143.

MATTABI MINES LTD. V. ONTARIO (MINISTER OF REVENUE), 175.

TORTS

Damages – Personal injury – Management or investment counselling fees – Defendant to take plaintiff as found – Recovery of such fees question of fact – Plaintiff to prove management assistance or investment advice necessary and cost of such services.

MANDZUK V. INSURANCE CORPORATION OF BRITISH COLUMBIA, 650.

TRUSTS AND TRUSTEES

Breach of trust – Mingled bank account – Trustee making unauthorized disbursement from account – Insufficient funds to reimburse beneficiaries in full – Allocation of losses between beneficiaries – Whether Court of Appeal correct in not applying “first in, first out” rule in Clayton's Case.

GREYMAC TRUST CO. V. ONTARIO (ONTARIO SECURITIES COMMISSION), 172.

UNEMPLOYMENT INSURANCE

1. Extension of benefit period – Payment to injured claimant of temporary total workmen's compensation payments for work-related injury during extended benefit period – Suspension of unemployment insurance benefits – Having recovered and being available for work, whether claimant entitled to an extension of his benefit period under s. 20(7)(b) notwithstanding s. 36 of the Unemployment Insurance Act, 1971.

CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION) V. GAGNON, 29.

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Continued

2. Extension of benefit period – Total temporary workmen's compensation received by claimant – Suspension of unemployment insurance benefits – Request for an extension of benefit period made during extended benefit period – Whether claimant entitled to an extension of the benefit period pursuant

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded

to s. 20(7)(b) notwithstanding s. 36 of the Unemployment Insurance Act, 1971.

JOVE V. CANADA (UMPIRE, UNEMPLOYMENT INSURANCE), 53.

INDEX

APPEL

Question théorique – Impossibilité pour l'intimée d'obtenir la réparation demandée peu importe l'issue du pourvoi – La question est-elle théorique? – La question soulevée est-elle suffisamment importante pour que la Cour se prononce sur le fond du litige?

FORGET C. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL), 90.

ASSURANCE-CHÔMAGE

1. Prolongation de la période de prestations – Paiement à un prestataire accidenté d'une indemnité temporaire maximale prévue pour un accident du travail pendant la période de prestations complémentaires – Interruption des prestations d'assurance-chômage – Malgré l'article 36 de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, le prestataire a-t-il droit, une fois rétabli et disponible au travail, à la prolongation de sa période de prestations en vertu de l'art. 20(7)b)?

CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) C. GAGNON, 29.

2. Prolongation de la période de prestations – Indemnité pour incapacité totale temporaire pour un accident du travail reçue par le prestataire – Interruption de la période de prestations d'assurance-chômage – Demande de prolongation de la période de prestations faite au cours de la période de prestations complémentaires – Malgré l'art. 36 de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, le prestataire a-t-il droit à une prolongation de sa période de prestations en vertu de l'art. 20(7)b)?

JOVE C. CANADA (JUGE-ARBITRE, ASSURANCE-CHÔMAGE), 53.

AVOCATS ET PROCUREURS

Fonds d'indemnisation – Demande d'indemnisation d'un client fraudé par son avocat – Le barreau a-t-il le pouvoir discrétionnaire de rejeter complètement une demande lorsque le requérant a rempli toutes les conditions préalables fixées par la loi? – *Mandamus*.

PETRASHUYK C. LAW SOCIETY OF ALBERTA, 385.

BREFS DE PRÉROGATIVE

1. *Habeas corpus* – Compétence – Cours supérieures – Accusée déclarée coupable et condamnée en Alberta mais incarcérée en Ontario – Demande d'*habeas corpus* et de réparation en vertu de l'art. 24(1) de la Charte – La Cour suprême de l'Ontario a-t-elle compétence pour délivrer un bref d'*habeas corpus*?

R. C. GAMBLE, 595.

BREFS DE PRÉROGATIVE—Fin

2. *Habeas corpus* – Possibilité d'exercer le recours – Libération conditionnelle – Le bref d'*habeas corpus* est-il approprié pour une révision de la légalité de la privation de liberté de l'accusée inhérente à l'application de la disposition de sa sentence concernant l'inadmissibilité à la libération conditionnelle?

R. C. GAMBLE, 595.

CONTRÔLE JUDICIAIRE

1. Pouvoir de contrôle – Arbitrage consensuel – L'arbitre a ordonné le retour au travail des employés congédiés pour incontinence pendant la grève – L'arbitre a-t-il commis une erreur de droit? – Dans l'affirmative, l'erreur touche-t-elle à la compétence et est-elle sujette au contrôle judiciaire? – Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 107(2), 184(3)a)(vi), et modifications.

STT C. BRITISH COLUMBIA TELEPHONE Co., 564.

2. Tribunal du travail et commissaire du travail – Compétence – Erreur sur une disposition législative dont l'interprétation ne relève pas de la compétence du commissaire du travail – Commissaire du travail et Tribunal du travail concluant erronément à l'existence d'une concession d'une entreprise et constatant la transmission des droits et obligations visés à l'art. 45 du Code du travail – Erreur d'ordre juridictionnel – Bref d'évocation accordé – Code du travail, L.R.Q., chap. C-27, art. 45, 46.

U.E.S., LOCAL 298 C. BIBEAL, 1048.

COURONNE

Immunité – Achat par un agent de la couronne du chef d'une province d'actions d'une société régie par une loi fédérale – Refus de l'agent de produire le rapport d'initié exigé par la loi fédérale – L'agent est-il lié par les dispositions relatives au rapport d'initié? – Application de l'exception fondée sur les avantages et les obligations à l'immunité de la Couronne – Loi sur les sociétés commerciales canadiennes, S.C. 1974-75-76, chap. 33, art. 122(2), (4) – Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 16.

SPARLING C. QUÉBEC (CAISSE DE DÉPÔT ET PLACEMENT DU QUÉBEC), 1015.

DOUANES ET ACCISE

Fouilles aux douanes – Découverte de stupéfiants sur la personne de l'accusée à la suite d'une fouille à nu effectuée par des agents des douanes – Les dispositions de la Loi sur les douanes relatives aux fouilles personnelles sont-elles incompatibles

DOUANES ET ACCISE—Fin

avec l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? – Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40, art. 143, 144.

R. C. SIMMONS, 495.

DROIT ADMINISTRATIF

1. Règlement – Discrimination – Sous-délégation – Connaissance du français nécessaire pour obtenir permis d'un ordre professionnel – Règlement établissant une présomption de connaissance appropriée de la langue française pour les personnes ayant suivi trois années d'enseignement en français à compter du niveau secondaire – Obligation pour les personnes ne pouvant se prévaloir de la présomption de réussir un examen de français préparé par un comité – Le règlement est-il discriminatoire et incompatible avec l'art. 10 de la Charte des droits et libertés de la personne? – Le règlement est-il discriminatoire au sens du droit administratif? – Le règlement comporte-t-il une sous-délégation illégale de pouvoirs – Charte de la langue française, L.R.Q. 1977, chap. C-11, art. 35, 114d) – Règlement relatif à la connaissance de la langue officielle nécessaire pour l'obtention d'un permis d'un ordre professionnel, (1977) 109 G.O. II 4627, art. 2a), 3.

FORGET C. QUÉBEC (PROCEUREUR GÉNÉRAL), 90.

2. Condition préalable – Difficultés d'application de la notion de condition préalable – Nouvelle façon de cerner les questions d'ordre juridictionnel.

U.E.S., LOCAL 298 C. BIBEAULT, 1048.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits – Présomption d'innocence – Garde ou contrôle d'un véhicule à moteur avec facultés affaiblies – La présomption de garde ou de contrôle fondée sur l'occupation de la place du conducteur prévue à l'art. 237(1)a) du Code criminel viole-t-elle l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? – Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

R. C. WHYTE, 3.

2. Charte des droits – Liberté de la presse – Interdiction impérative de publier l'identité du plaignant dans une affaire sexuelle lorsque le plaignant en fait la demande – L'article 442(3) du Code criminel viole-t-il l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? – Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

CANADIAN NEWSPAPERS CO. C. CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL), 122.

3. Charte des droits – Droit à une audience publique – Interdiction impérative de publier l'identité du plaignant dans une affaire sexuelle lorsque le plaignant en fait la demande – L'article 442(3) du Code criminel viole-t-il l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? – Dans l'affirmative,

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

CANADIAN NEWSPAPERS CO. C. CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL), 122.

4. Charte des droits – Piquetage devant les palais de justice au cours d'une grève légale – Interdiction de piquetage émanant de la Cour supérieure – L'injonction prive-t-elle les piqueteurs du droit à la liberté garanti par l'art. 7? – Y a-t-il eu violation des droits des piqueteurs d'être informés de l'infraction précise et d'être présumés innocents garantis par l'art. 11a) et d)? – Y a-t-il eu violation du droit des piqueteurs à la liberté d'expression garanti par l'art. 2? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 7, 11a), d).

B.C.G.E.U. C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCEUREUR GÉNÉRAL), 214.

5. Partage des compétences – Droit criminel et droit du travail – Piquetage devant les palais de justice au cours d'une grève légale – Interdiction de piquetage émanant de la Cour supérieure – La légalité du piquetage échappe-t-elle au droit criminel parce que la grève est légale et que le Labour Code permet le piquetage? – Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27).

B.C.G.E.U. C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCEUREUR GÉNÉRAL), 214.

6. Charte des droits – Droit à la liberté – Prise des empreintes digitales d'un accusé avant qu'il soit reconnu coupable – Y a-t-il atteinte au droit à la liberté? – Y a-t-il violation de principes de justice fondamentale? – S'il y a violation de l'art. 7, est-elle justifiée en vertu de l'article premier? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 9, 10, 11c), d) – Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1) – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 453.3(3), 455.5(5) – Loi sur l'identification des criminels, S.R.C. 1970, chap. I-1, art. 2.

R. C. BEARE; R. C. HIGGINS, 387.

7. Charte des droits – Fouille ou saisie abusive – Prélèvement d'un échantillon de sang par un médecin sur un patient à l'urgence sans son consentement ou sans qu'il en ait connaissance – Échantillon de sang prélevé à des fins médicales, mais remis à un agent de police – Utilisation de l'analyse de l'échantillon de sang pour obtenir une déclaration de culpabilité pour conduire avec facultés affaiblies – Aucune obligation légale à l'époque de fournir un échantillon de sang à un agent de police – La prise de possession de l'échantillon de sang par la police constitue-t-elle une saisie selon l'art. 8 de la Charte? – Cette prise de possession était-elle abusive? – La preuve de l'analyse de sang devrait-elle être écartée en vertu de l'art. 24(2) de la Charte? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2) – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 236, 237(2).

R. C. DYMENT, 417.

8. Charte des droits – Présomption d'innocence – Contrôle des armes à feu – Inversion de la charge de la preuve de l'existence d'un certificat d'enregistrement pour une arme à autorisation restreinte – L'inversion de la charge de la preuve porte-

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

t-elle atteinte à la présomption d'innocence? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 89(1)a), b), 106.7(1), (2).

R. C. SCHWARTZ, 443.

9. Charte des droits – Droit à l'assistance d'un avocat – Fouilles aux douanes – Découverte de stupéfiants sur la personne de l'accusée à la suite d'une fouille à nu effectuée par des agents des douanes – L'accusée a-t-elle été détenue et avait-elle droit à l'assistance d'un avocat en vertu de l'art. 10b) de la Charte canadienne des droits et libertés? – Dans l'affirmative, le droit à l'assistance d'un avocat était-il restreint par une règle de droit dans des limites raisonnables dont la justification pouvait se démontrer conformément à l'article premier de la Charte? – Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40, art. 143, 144.

R. C. SIMMONS, 495.

10. Charte des droits – Fouille et saisie abusives – Fouilles aux douanes – Les dispositions de la Loi sur les douanes relatives aux fouilles personnelles sont-elles incompatibles avec l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? – Dans l'affirmative, le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives était-il restreint par une règle de droit dans des limites raisonnables dont la justification pouvait se démontrer conformément à l'article premier de la Charte? – La fouille a-t-elle été effectuée de manière raisonnable? – Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40, art. 143, 144.

R. C. SIMMONS, 495.

11. Charte des droits – Admissibilité de la preuve – Déconsidération de l'administration de la justice – Découverte de stupéfiants sur la personne de l'accusée à la suite d'une fouille à nu effectuée par des agents des douanes – Violation du droit que possédait l'accusée de recourir à l'assistance d'un avocat – L'utilisation en preuve des stupéfiants serait-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. C. SIMMONS, 495.

12. Charte des droits – Droit à l'assistance d'un avocat – Fouilles aux douanes – Accusé retenu et fouillé aux douanes à la suite d'une dénonciation de la G.R.C. portant qu'il tentait d'importer des stupéfiants – Découverte de stupéfiants sur l'accusé à la suite d'une fouille par palpation effectuée par des agents des douanes – L'accusé a-t-il été détenu et avait-il droit à l'assistance d'un avocat en vertu de l'art. 10b) de la Charte canadienne des droits et libertés? – La fouille était-elle abusive au sens de l'art. 8 de la Charte? – Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40, art. 143, 144.

R. C. JACOY, 548.

13. Charte des droits – Admissibilité de la preuve – Déconsidération de l'administration de la justice – Découverte de stupéfiants sur l'accusé à la suite d'une fouille par palpation effectuée par des agents des douanes – Violation du droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat – L'utilisation des stupéfiants comme

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

éléments de preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. C. JACOY, 548.

14. Charte des droits – Interprétation – Rétroactivité – Accusée déclarée coupable et condamnée avant la proclamation de la Charte sous le régime de dispositions inapplicables du Code criminel – Condamnation à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans – Inadmissibilité à la libération conditionnelle pendant 10 à 20 ans, plutôt que 25, si la bonne loi avait été appliquée – Demande de redressement en vertu de la Charte après 10 ans d'emprisonnement – L'accusée allègue que l'application de la disposition de la sentence concernant l'inadmissibilité viole l'art. 7 de la Charte – La demande de l'accusée fait-elle intervenir une application rétroactive de la Charte? – Loi de 1976 modifiant le droit pénal, n° 2, S.C. 1974-75-76, chap. 105, art. 4, 5, 21, 27.

R. C. GAMBLE, 595.

15. Charte des droits – Liberté de la personne – Justice fondamentale – Accusée déclarée coupable et condamnée sous le régime de dispositions inapplicables du Code criminel – Condamnation à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans – Inadmissibilité à la libération conditionnelle pendant 10 à 20 ans, plutôt que 25, si la bonne loi avait été appliquée – L'application de la disposition de la sentence concernant l'inadmissibilité viole-t-elle l'art. 7 de la Charte?

R. C. GAMBLE, 595.

16. Charte des droits – Réparations – Jugement déclaratoire – Réparation demandée en vertu de l'art. 24(1) de la Charte pour remédier à l'effet de la disposition de la sentence concernant l'inadmissibilité à la libération conditionnelle – L'accusée a-t-elle droit à un jugement la déclarant admissible à la libération conditionnelle?

R. C. GAMBLE, 595.

17. Partage des pouvoirs – Entreprise fédérale – Négligence – Enfant grièvement blessé par un train – Action intentée après le délai de prescription prévu par une loi fédérale régissant les chemins de fer mais dans le délai accordé par une loi provinciale – L'action est-elle prescrite? – La disposition fédérale en matière de prescription est-elle, du point de vue constitutionnel, valide ou applicable? – La disposition fédérale en matière de prescription entre-t-elle en conflit avec l'art. 18 de la Loi sur la prescription provinciale ou le rend-elle inopérant? – Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), 92(10) – Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, chap. R-2, art. 342(1) – Loi sur la prescription, L.R.N.-B. 1973, chap. L-8, art. 18.

CLARK C. COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA, 680.

18. Charte des droits – Application – Dérrogation par déclaration expresse – Loi provinciale exigeant que l'affichage public, la publicité commerciale et les raisons sociales soient en français seulement – La loi provinciale est-elle soustraite à

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

l'application de l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés par une disposition dérogatoire valide et en vigueur? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 33 – Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 58, 69, 214 – Loi modifiant la Charte de la langue française, L.Q. 1983, chap. 56, art. 52 – Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982, L.Q. 1982, chap. 21, art. 1, 7.

FORD C. QUÉBEC (PROCURÉUR GÉNÉRAL), 712.

19. Charte des droits – Disposition dérogatoire – Loi provinciale ajoutant une disposition dérogatoire type à toutes les lois provinciales adoptées avant le 23 juin 1982 – Disposition dérogatoire type ayant effet rétroactif – Les dispositions dérogatoires types édictées par la loi provinciale sont-elles valides? – La loi provinciale est-elle compatible avec l'art. 33 de la Charte canadienne? – Peut-il être dérogé à toutes les dispositions de l'art. 2 et des art. 7 à 15 de la Charte canadienne par un seul texte législatif? – La disposition dérogatoire peut-elle avoir un effet rétroactif? – Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982, L.Q. 1982, chap. 21, art. 1, 2, 7 – Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 214 – Loi modifiant la Charte de la langue française, L.Q. 1983, chap. 56, art. 52.

FORD C. QUÉBEC (PROCURÉUR GÉNÉRAL), 712.

20. Charte des droits – Liberté d'expression – Loi provinciale exigeant que l'affichage public, la publicité commerciale et les raisons sociales soient en français seulement – La liberté d'expression garantie par l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés comprend-elle la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix? – La garantie de liberté d'expression s'étend-elle à l'expression commerciale? – La loi provinciale viole-t-elle la garantie de liberté d'expression? – La restriction que la loi provinciale impose à la liberté d'expression est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte canadienne? – Le déni ou la négation d'un droit ou d'une liberté garantis peuvent-ils constituer une restriction aux fins de l'article premier? – Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 58, 69.

FORD C. QUÉBEC (PROCURÉUR GÉNÉRAL), 712.

21. Partage des compétences législatives – Langue – Loi provinciale réglementant l'usage du français dans le commerce et les affaires – La loi provinciale est-elle *ultra vires* de l'assemblée législative? – La loi provinciale empiète-t-elle sur la compétence fédérale en ce qui a trait au droit criminel et au commerce interprovincial? – La loi provinciale constitue-t-elle un obstacle à la liberté de circulation? – Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92 – Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 52, 57, 58, 59, 60, 61 – Règlement sur la langue du commerce et des affaires, R.R.Q., chap. C-11, r. 9.

DEVINE C. QUÉBEC (PROCURÉUR GÉNÉRAL), 790.

22. Charte des droits – Application – Dérogation par déclaration expresse – Loi provinciale réglementant l'usage du français dans le commerce et les affaires – La loi provinciale est-elle soustraite à l'application des art. 2b) et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés par une disposition dérogatoire valide et en vigueur? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 33 – Loi modifiant la Charte de la langue française, L.Q.

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

1983, chap. 56, art. 52 – Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 52, 57, 58, 59, 60, 61, 214 – Règlement sur la langue du commerce et des affaires, R.R.Q., chap. C-11, r. 9.

DEVINE C. QUÉBEC (PROCURÉUR GÉNÉRAL), 790.

23. Charte des droits – Liberté d'expression – Loi provinciale réglementant la langue du commerce et des affaires – Loi prévoyant l'usage exclusif ou concurrent du français dans certaines activités commerciales – La liberté d'expression garantie par l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés comprend-elle la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix? – La garantie de liberté d'expression s'étend-elle à l'expression commerciale? – La loi provinciale viole-t-elle la garantie de liberté d'expression? – La restriction que la loi provinciale impose à la liberté d'expression est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte canadienne? – Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 57, 59, 60, 61 – Règlement sur la langue du commerce et des affaires, R.R.Q., chap. C-11, r. 9.

DEVINE C. QUÉBEC (PROCURÉUR GÉNÉRAL), 790.

24. Charte des droits – Droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat – Droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat nié pendant que la police prenait en main une situation potentiellement dangereuse – Preuve matérielle saisie avant que l'avocat ait été appelé – Y a-t-il atteinte au droit à l'assistance d'un avocat? – Les éléments de preuve doivent-ils être écartés parce qu'ils sont susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(1), (2) – Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 10(2).

R. C. STRACHAN, 980.

25. Délégation – Pouvoir réglementaire fédéral en matière de gestion des pêcheries – Délégation de l'octroi de permis au ministre provincial sans quotas par espèces – Droit du ministre provincial de fixer des quotas implicites dans la législation fédérale – Le fait que la province n'a pas compétence pour réglementer les pêcheries commerciales par une législation d'application générale n'entraîne pas qu'elle n'a pas compétence pour réglementer ses pêcheries dans le cadre de son pouvoir d'administration de son domaine public.

PERALTA C. ONTARIO, 1045.

DROIT CRIMINEL

1. Garde ou contrôle d'un véhicule à moteur avec facultés affaiblies – Présomption d'innocence – L'article 237(1)a) du Code criminel porte-t-il atteinte à la présomption d'innocence garantie par l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés?

R. C. WHYTE, 3.

2. Vol par effraction – Biens récemment volés – Déclaration de culpabilité fondée seulement sur la théorie de la possession de biens récemment volés – Portée à accorder en droit à la

DROIT CRIMINEL—Suite

possession de biens récemment volés – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 306(1)b).

R. C. KOWLYK, 59.

3. Écoute électronique – Admissibilité en preuve – Caractère suffisant de l'autorisation – L'autorisation doit-elle identifier spécifiquement le véhicule automobile comme lieu d'interception? – Attaque indirecte de l'ordonnance autorisant l'écoute électronique – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 178.13(2)c).

R. C. PAPALIA, 137.

4. Interception de communications privées – Admissibilité de la preuve – Autorisation judiciaire d'interception – Installation clandestine d'un dispositif d'écoute par la police dans le véhicule d'un coaccusé – Dispositif branché sur la batterie du véhicule pour alimenter son émetteur en électricité – L'installation du dispositif d'écoute par la police est-elle licite? – Le dispositif est-il autorisé par la partie IV.1 du Code criminel? – L'autorisation permet-elle d'utiliser le dispositif employé?

R. C. CHESSON, 148.

5. Interception de communications privées – Admissibilité de la preuve – Interceptions des communications d'une personne non désignée dans l'autorisation – La poursuite peut-elle se fonder sur la clause omnibus de l'autorisation pour faire admettre les interceptions en preuve? – La personne non désignée dans l'autorisation est-elle une personne connue ou inconnue aux fins de la partie IV.1 du Code criminel? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 178.12(1)e).

R. C. CHESSON, 148.

6. Interception de communications privées – Admissibilité de la preuve – Interceptions des communications d'une personne non désignée dans l'autorisation au cours de conversations avec des personnes dont les communications ont été légalement interceptées – Les interceptions des communications de la personne non désignée sont-elles admissibles? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 178.16(1).

R. C. CHESSON, 148.

7. Sentence – Probation – Accusé soumis à une ordonnance de probation déclaré coupable d'une infraction – Révocation de l'ordonnance de probation et imposition d'une sentence consécutive – L'article 664(4)d) du Code criminel permet-il à la cour d'imposer une sentence consécutive lors d'une révocation d'une ordonnance de probation?

R. C. CLERMONT, 171.

8. Tentative de meurtre – Mens rea – Mens rea requise pour la tentative de meurtre limitée à l'intention de tuer – Norme d'intention moindre appliquée par le juge du procès dans les instructions données avant l'énoncé du principe – Conclusion de la Cour d'appel portant que le jury n'avait pas d'autre choix que de conclure à l'intention de tuer – La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur?

R. C. SCOTT, 174.

9. Enquête préliminaire – *Certiorari* – Accusé cité à procès non pas sur les accusations initiales mais sur des accusations

DROIT CRIMINEL—Suite

moindres – Erreur du juge enquêteur commise dans l'exercice de sa compétence – Bref de *certiorari* cassé.

QUÉBEC (PROCURÉUR GÉNÉRAL) C. GIROUARD, 254.

10. Exposé au jury – Doute raisonnable – Le juge du procès a-t-il donné des directives erronées au jury quant à la charge de la preuve? – La norme de preuve hors de tout doute raisonnable a-t-elle été appliquée aux éléments de preuve individuels?

R. C. MORIN, 345.

11. Exposé au jury – Doute raisonnable – Y a-t-il deux étapes dans les délibérations du jury: l'étape de la «recherche des faits» et l'étape du «verdict»? – Le juge du procès doit-il dire aux jurés d'appliquer la norme de preuve hors de tout doute raisonnable à chaque étape?

R. C. MORIN, 345.

12. Exposé au jury – Preuve psychiatrique – Preuve tendant à démontrer la propension de l'accusé à commettre le crime – Tentative de la poursuite de recourir à la preuve psychiatrique relativement à la question de l'identité – Le juge du procès aurait-il dû dire au jury d'examiner la preuve psychiatrique sur la question de l'identité du meurtrier?

R. C. MORIN, 345.

13. Appel d'un acquittement – Directives erronées quant à la charge de la preuve – Obligation de la poursuite de convaincre la cour que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le jury avait reçu des directives appropriées – Nouveau procès ordonné par la Cour d'appel – La poursuite s'était-elle acquittée de son obligation?

R. C. MORIN, 345.

14. Prise des empreintes digitales d'un accusé avant qu'il soit reconnu coupable – Y a-t-il atteinte au droit à la liberté? – Y a-t-il violation des principes de justice fondamentale? – S'il y a violation de l'art. 7, est-elle justifiée en vertu de l'article premier?

R. C. BEARE; R. C. HIGGINS, 387.

15. Contrôle des armes à feu – Certificat d'enregistrement pour une arme à autorisation restreinte – Le propriétaire d'une arme est tenu de prouver qu'il est titulaire d'un certificat – L'inversion de la charge de la preuve porte-t-elle atteinte à la présomption d'innocence garantie par la Charte? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 89(1)a), b), 106.7(1), (2).

R. C. SCHWARTZ, 443.

16. Agression sexuelle – Défense de croyance honnête mais erronée au consentement aux rapports sexuels – Aucune directive du juge du procès relativement à cette défense – Pourvoi rejeté.

R. C. GILLESPIE, 653.

17. Mens rea – Intention générale et spécifique – Ivresse – Introduction par effraction et perpétration d'un acte criminel – La preuve de l'intoxication volontaire doit-elle être prise en considération pour déterminer si la mens rea a été prouvée hors de

DROIT CRIMINEL—Fin

tout doute raisonnable? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 306(1)b).

R. C. QUIN, 825.

18. Mens rea – Intention générale et spécifique – Ivresse – Agression sexuelle causant des lésions corporelles – La preuve de l'intoxication volontaire doit-elle être prise en considération pour déterminer si la mens rea a été prouvée hors de tout doute raisonnable? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 246.2c) – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d).

R. C. BERNARD, 833.

19. Moyens de défense – Provocation policière – Rencontre fixée entre un agent provocateur et l'accusé par un ami de l'accusé – L'accusé a-t-il été victime de provocation policière?

R. C. SHOWMAN, 893.

20. Moyens de défense – Provocation policière – Déclaration de culpabilité de trafic de drogues – Ancien toxicomane – Insistance prolongée d'un indicateur de police pour que l'accusé vende des drogues – Menaces de l'indicateur contre l'inculpé et offre d'une importante somme d'argent – Y a-t-il lieu à suspension d'instance pour cause de provocation policière? – Manière dont les tribunaux doivent traiter une allégation de provocation policière.

R. C. MACK, 903.

21. Mandat de perquisition – En raison de l'évolution rapide de la situation, autorisation donnée par téléphone de modifier le nom des agents nommés dans le mandat – Le mandat de perquisition est-il valide? – Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 10(2).

R. C. STRACHAN, 980.

22. Appel – Pouvoirs de la Cour d'appel – Aliénation mentale invoquée comme moyen de défense au procès – Verdict de culpabilité prononcé par le jury – Refus de la Cour d'appel de modifier le verdict du jury pour le motif que des éléments de preuve l'appuient – La Cour d'appel était-elle tenue, en vertu de l'art. 613(1)d) du Code criminel, d'examiner la preuve et de tirer sa propre conclusion sur la question de l'aliénation mentale? – Le verdict était-il déraisonnable? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)a), d).

R. C. MAILLOUX, 1029.

23. Verdict imposé – Suffisance de la preuve d'identification – Le juge du procès a-t-il eu tort d'imposer un verdict d'acquiescement?

R. C. JACOBS, 1047.

DROIT DE LA FAMILLE

Immunité des époux – Lois empêchant une action en vigueur au moment de l'accident – Abrogation desdites lois

DROIT DE LA FAMILLE—Fin

avant le début de l'action – L'abrogation s'applique-t-elle rétroactivement?

ANGUS C. SUN ALLIANCE COMPAGNIE D'ASSURANCE, 256.

DROIT DU TRAVAIL

Accréditation – Transmission des droits et obligations – Contrat d'entretien ménager résilié par une commission scolaire et octroyé à un nouveau sous-traitant – Commissaire du travail concluant erronément à l'existence d'une concession d'une entreprise et constatant la transmission des droits et obligations entre les sous-traitants – Excès de compétence – Conditions d'application de l'art. 45 du Code du travail: continuité de l'entreprise et nécessité d'un lien de droit entre employeurs successifs – Définition de l'entreprise – Code du travail, L.R.Q., chap. C-27, art. 45, 46.

U.E.S., LOCAL 298 C. BIBEULT, 1048.

DROIT FISCAL

Impôt sur les sociétés – Modification par la compagnie de ses déclarations d'impôt antérieures en vue de devenir admissible à un crédit d'impôt à l'investissement – La compagnie est-elle admissible au crédit d'impôt? – La compagnie a-t-elle le droit de modifier ses déclarations d'impôt antérieures? – Les autorités provinciales sont-elles obligées d'accepter les modifications lorsque les autorités fédérales l'ont fait conformément à une pratique administrative fédérale? – Interprétation de l'art. 106 de The Corporations Tax Act, 1972, S.O. 1972, chap. 143.

MATTABI MINES LTD. C. ONTARIO (MINISTRE DU REVENU), 175.

FIDUCIES ET FIDUCIAIRES

Manquement à la fiducie – Compte bancaire amalgamé – Retrait du compte effectué par le fiduciaire sans autorisation – Fonds insuffisants pour rembourser les fiduciaires en totalité – Répartition des pertes entre les bénéficiaires – La Cour d'appel a-t-elle eu raison de ne pas appliquer la règle du «premier entré premier sorti» établie dans l'affaire Clayton?

GREYMAC TRUST CO. C. ONTARIO (ONTARIO SECURITIES COMMISSION), 172.

INJONCTIONS

Intrusion – Emprise d'un chemin de fer sur une réserve bloquée par les membres d'une bande indienne – Demande d'injonction permanente par la compagnie de chemin de fer en vue d'empêcher la bande indienne d'entraver l'exercice de son droit de passage – Nature du droit de la compagnie sur

INJONCTIONS—Fin

l'emprise – Une injonction permanente devrait-elle être accordée? – Act to incorporate the Woodstock Railway Company, S.N.B. 1864, 27 Vict., chap. 57, art. 24.

CANADIEN PACIFIQUE LTÉE C. PAUL, 654.

LÉGISLATION

1. Interprétation – Application rétroactive – Lois empêchant une action en vigueur au moment de l'accident – Abrogation desdites lois avant le début de l'action – L'abrogation s'applique-t-elle rétroactivement? – Married Woman's Property Act, R.S.O. 1970, chap. 262, art. 7 – Insurance Act, R.S.O. 1970, chap. 224, art. 214b(i) – Family Law Reform Act, 1975, S.O. 1975, chap. 41, art. 1(3)a, 5, 6.

ANGUS C. SUN ALLIANCE COMPAGNIE D'ASSURANCE, 256.

2. Application – Loi provinciale sur les droits de la personne – Dates à partir desquelles l'art. 3 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec avait préséance sur les dispositions des autres lois provinciales – Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., chap. C-12, art. 3, 52 – Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne, L.Q. 1982, chap. 61, art. 16, 34 – Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 58, 69 – Loi modifiant la Charte de la langue française, L.Q. 1983, chap. 56, art. 12.

FORD C. QUÉBEC (PROCURER GÉNÉRAL), 712.

LIBERTÉS PUBLIQUES

1. Emploi – Discrimination – État civil – Interdiction faite aux membres de la famille immédiate des employés à plein temps et des conseillers municipaux de postuler un emploi auprès de la ville – Cette pratique en matière d'embauchage est-elle fondée sur l'état civil, et partant, discriminatoire selon l'art. 10 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec? – Dans l'affirmative, la pratique de la ville en matière d'embauchage est-elle justifiée par l'art. 20 de la Charte? – Interprétation de l'art. 20 – Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q. 1977, chap. C-12, art. 10, 16, 20.

BROSSARD (VILLE) C. QUÉBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE), 279.

2. Loi provinciale sur les droits de la personne – Liberté d'expression – Loi provinciale exigeant que l'affichage public, la publicité commerciale et les raisons sociales soient en français seulement – La liberté d'expression garantie par l'art. 3 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec comprend-elle la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix? – La garantie de liberté d'expression s'étend-elle à l'expression commerciale? – La loi provinciale viole-t-elle la garantie de liberté d'expression? – La restriction que la loi provinciale impose à la liberté d'expression est-elle justifiable en vertu de

LIBERTÉS PUBLIQUES—Fin

l'art. 9.1 de la Charte québécoise? – Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 58, 69.

FORD C. QUÉBEC (PROCURER GÉNÉRAL), 712.

3. Discrimination fondée sur la langue – Loi provinciale exigeant que l'affichage public, la publicité commerciale et les raisons sociales soient en français seulement – La loi provinciale viole-t-elle la garantie contre la discrimination fondée sur la langue reconnue à l'art. 10 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec? – Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 58, 69.

FORD C. QUÉBEC (PROCURER GÉNÉRAL), 712.

4. Loi provinciale sur les droits de la personne – Liberté d'expression – Loi provinciale réglementant la langue du commerce et des affaires – Loi prévoyant l'usage exclusif ou concurrent du français dans certaines activités commerciales – La liberté d'expression garantie par l'art. 3 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec comprend-elle la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix? – La garantie de liberté d'expression s'étend-elle à l'expression commerciale? – La loi provinciale viole-t-elle la garantie de liberté d'expression? – La restriction que la loi provinciale impose à la liberté d'expression est-elle justifiable en vertu de l'art. 9.1 de la Charte québécoise? – Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 52, 57, 58, 59, 60, 61 – Règlement sur la langue du commerce et des affaires, R.R.Q., chap. C-11, r. 9.

DEVINE C. QUÉBEC (PROCURER GÉNÉRAL), 790.

5. Discrimination fondée sur la langue – Loi provinciale réglementant la langue du commerce et des affaires – Loi prévoyant l'usage exclusif ou concurrent du français dans certaines activités commerciales – La loi provinciale viole-t-elle la garantie contre la discrimination fondée sur la langue reconnue à l'art. 10 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec? – Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 52, 57, 58, 59, 60, 61 – Règlement sur la langue du commerce et des affaires, R.R.Q., chap. C-11, r. 9.

DEVINE C. QUÉBEC (PROCURER GÉNÉRAL), 790.

PRATIQUE

1. Cour suprême du Canada – Requête en prorogation de délai pour présenter une demande d'autorisation de pourvoi contre un jugement de la Cour d'appel fédérale – Cour suprême du Canada non compétente pour proroger ce délai – Requête rejetée – Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 41, 42, 64 – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e supp.), chap. 10, art. 31, 33.

GELL C. CANADIEN PACIFIQUE LTÉE (REQUÊTE), 271.

2. Cour suprême du Canada – Présentation d'une nouvelle preuve – Procédure applicable.

R. C. MORIN, 345.

PREUVE

1. Admissibilité – Preuve obtenue par écoute électronique – Caractère suffisant de l'autorisation – L'autorisation doit-elle identifier spécifiquement le véhicule automobile comme lieu d'interception?

R. C. PAPALIA, 137.

2. Preuve psychiatrique – Admissibilité – Preuve tendant à démontrer la propension de l'accusé à commettre le crime – Tentative de la poursuite de recourir à la preuve psychiatrique relativement à la question de l'identité – La preuve psychiatrique est-elle admissible si elle est présentée par la poursuite? – La preuve est-elle pertinente relativement à la question de l'identité? – La preuve est-elle admissible en tant que preuve de faits similaires?

R. C. MORIN, 345.

3. Admissibilité – Déconsidération de l'administration de la justice – Découverte de stupéfiants sur la personne de l'accusée à la suite d'une fouille à nu effectuée par des agents des douanes – Violation du droit que possédait l'accusée de recourir à l'assistance d'un avocat – L'utilisation en preuve des stupéfiants serait-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. C. SIMMONS, 495.

4. Infractions criminelles – Ivresse – Mens rea – La preuve de l'ivresse doit-elle être prise en considération relativement à la preuve de la mens rea?

R. C. BERNARD, 833.

5. Éléments de preuve obtenus en violation de la Charte – Les éléments de preuve doivent-ils être écartés parce qu'ils sont susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice?

R. C. STRACHAN, 980.

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

Dommmages-intérêts – Lésions corporelles – Honoraires pour des services de consultation en placements ou en gestion – Acceptation par le défendeur de la vulnérabilité du demandeur – La récupération de ces honoraires constitue une question de fait – Demandeur tenu de prouver la nécessité de recourir à une

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE—Fin

aide en gestion ou à des conseils en placements, et le coût de ces services.

MANDZUK C. INSURANCE CORPORATION OF BRITISH COLUMBIA, 650.

TRIBUNAUX

1. Outrage criminel – Piquetage devant un palais de justice au cours d'une grève légale – Un membre du syndicat en grève a traversé la ligne de piquetage pour se rendre à son travail au palais de justice – Mesures disciplinaires internes entreprises par le syndicat – Le piquetage devant un palais de justice au cours d'une grève légale constitue-t-il un outrage criminel? – Le syndicat avait-il le droit de prendre des mesures disciplinaires internes?

TERRE-NEUVE (PROCURER GÉNÉRAL) C. N.A.P.E., 204.

2. Compétence – Outrage criminel – Piquetage devant les palais de justice au cours d'une grève légale – Interdiction de piquetage émanant de la Cour supérieure – Le piquetage constitue-t-il un outrage criminel?

B.C.G.E.U. C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCURER GÉNÉRAL), 214.

3. Compétence – Cour suprême du Canada – Cour d'appel fédérale – Requête en prorogation de délai pour présenter une demande d'autorisation de pourvoi contre un jugement de la Cour d'appel fédérale – La Cour suprême ou la Cour d'appel fédérale a-t-elle compétence pour proroger ce délai? – Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 41, 42, 64 – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e supp.), chap. 10, art. 31, 33.

GELL C. CANADIEN PACIFIQUE LTÉE (REQUÊTE), 271.

4. Compétence – Appel contre une décision d'un tribunal d'appel des déclarations sommaires de culpabilité – Compétence de la Cour d'appel.

R. C. SCHWARTZ, 443.



*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*